

L'ALTRO DIRITTO

RIVISTA

Carcere, devianza, marginalità e governo delle migrazioni



2019, N. 3

L'ALTRO DIRITTO

RIVISTA

CARCERE, DEVIANZA, MARGINALITÀ E GOVERNO DELLE MIGRAZIONI

FONDATA NEL 1997 DA DANILO ZOLO E EMILIO SANTORO

EDITORE PACINI GIURIDICA, PISA

Direttore

Emilio Santoro

Vice Direttore

Lucia Re

Comitato scientifico

Maria Luiza Pereira de Alencar Mayer Feitosa (Federale Paraiba), Adalgiso Amendola (Salerno), Alfonso de Julios Campuzano (Siviglia), Thomas Casadei (Modena e Reggio Emilia), José Daniel Cesano (Cordoba Arg.), Adriana Dias Vieira (Federale Paraiba) Davide Galliani (Milano Statale), Orsetta Giolo (Ferrara), José Roberto Goldim (Federale Rio Grande do Sul), Isabel Fanlo Cortes (Genova), Flaviane de Magalhães Barros (PUC Minas Gerais), Alberto di Martino (Sant'Anna Pisa), Juan Manuel Otero (Nazionale Rio Negro), Luigi Pannarale (Bari Aldo Moro), Pedro Parini (Federale Pernambuco), Ciro Pizzo (Napoli Suor Orsola), Filippo Ruschi (Firenze) Enrica Rigo (Roma Tre), Marcia Santana Fernandes (Fevale), Aldo Schiavello (Palermo), Ciro Tarantino (Unical).

Segreteria di redazione

Anna Maria Danielli, Francesco Vertova, Silvia Martelli.

L'ALTRO DIRITTO

RIVISTA

**CARCERE, DEVIANZA, MARGINALITÀ E GOVERNO DELLE
MIGRAZIONI**

2019

ISSN 1827-0565

Indice

SAGGI

EMILIO SANTORO, CHIARA STOPPIONI Rapporto 2018 sullo sfruttamento lavorativo e la protezione delle sue vittime di L'Altro Diritto & FLAI CGIL	5
MICHELE GIGLI Le politiche di <i>Protection Elsewhere</i> alla luce della Convenzione di Ginevra del 1951	12
RAFAEL KÖCHE Fiscalità e globalizzazione: pensare il diritto tributario in un quadro filosofico-giuridico transnazionale?	48
JÂNIA SALDANHA, JAMES CAVALLARO, ALESSIA MAGLIACANE La corruzione come un 'male originario'. La distruzione dei principi democratici per perversione	62
ANDERSON V. TEIXEIRA Tollerare l'intollerabile? Tre patologie costituzionali contemporanee come sfide alle democrazie liberali	85
TÊMIS LIMBERGER Diritto d'accesso ai dati relativi alla pubblica amministrazione in rete a trent'anni dalla Costituzione brasiliana	91
GERSON N. PINTO I fondamenti epistemologici della bioetica	100
SOFIA CIUFFOLETTI, DANIELA RANALLI L'accesso al suicidio assistito: il caso italiano in prospettiva europea. Riflessioni a margine della sentenza della Corte Costituzionale n. 242/2019 nel c.d. 'caso Cappato'	110



EMILIO SANTORO

In direzione ostinata e contraria. Sull'iscrizione anagrafica
dei richiedenti asilo alla luce del Decreto Salvini

128

NOTE

MASSIMO NIRO

Il carcere e la Costituzione nella visione di Sandro Margara

145



Rapporto 2018 del Laboratorio sullo sfruttamento lavorativo e la protezione delle sue vittime di L'Altro Diritto & FLAI CGIL

Emilio SANTORO*
Università degli Studi di Firenze

Chiara STOPPIONI
Università degli Studi di Firenze

ABSTRACT: The report results from a partnership between the L'Altro Diritto inter-university research centre and FLAI-CGIL. It includes an analysis of the Italian legal provisions aiming at punishing and preventing labor exploitation and fostering victims' protection. The analysis moves from a collection of news about procedures for labor exploitation all over Italy, which are later confirmed by contacting the judicial offices where the procedures themselves have been opened. This is the first report of a series, and it covers activity related to the year 2018.

1. Presentazione

Il centro interuniversitario di ricerca L'Altro diritto ha avviato un'attività di analisi del funzionamento delle previsioni normative penali usate per contrastare lo sfruttamento lavorativo. Grazie soprattutto alle segnalazioni della FLAI-CGIL nazionale, il Centro raccoglie le notizie giornalistiche delle inchieste o dei processi per reati attinenti lo sfruttamento lavorativo, contatta gli uffici giudiziari dove questi procedimenti hanno luogo, recupera gli atti dei procedimenti (dalla richiesta di applicazione di provvedimenti cautelari delle procure fino alle sentenze) e li analizza.

Allo stato attuale, il Centro sta monitorando 46 inchieste intraprese da 16 procure, abbiamo notizia di inchieste aperte da altre 14 procure, delle quali però non abbiamo ancora raccolto gli atti. Le inchieste monitorate forniscono dati sufficienti per un primo bilancio sulle caratteristiche principali dello sfruttamento lavorativo, sui principali settori in cui si



manifesta, sulle categorie di lavoratori più esposte nonché, naturalmente, sulle fattispecie penali usate per il suo contrasto e sulle modalità e condizioni del loro impiego.

2. Analisi dei dati raccolti

Un primo dato che emerge è la diffusione – quasi endemica – del fenomeno su tutto il territorio Italiano. Nonostante l'articolo 603-*bis*, rubricato “Intermediazione illecita e sfruttamento del lavoro”, sia stato introdotto nel 2011 in reazione a gravi episodi di sfruttamento verificatisi nel Sud Italia e modificato nel 2016, sempre tenendo conto soprattutto, se non esclusivamente, quanto accade nella campagne del Meridione, delle 46 inchieste oggetto di monitoraggio, 19 procedimenti concernono fatti verificatisi nel Centro-Nord, rispettivamente ad Asti, Brescia, Firenze, Forlì, Latina, Livorno, L'Aquila, Padova, Pesaro, Prato e Mantova.

Il secondo dato che emerge è che, sebbene quando si pensa allo sfruttamento lavorativo, si immagina che le vittime siano soprattutto stranieri, casomai irregolari, date le particolari condizioni di emarginazione in cui vivono, i dati mostrano che la maggior parte degli stranieri vittime di sfruttamento sono regolari, che non pochi tra essi non sono propriamente “stranieri”, in quanto cittadini dell'Unione Europea, e che non è trascurabile la presenza di lavoratori italiani sfruttati. Nelle 46 inchieste monitorate, 5 di esse vedono coinvolti, come lavoratori sfruttati, cittadini italiani, sovente impiegati congiuntamente ad altri lavoratori stranieri¹.

Per quanto riguarda gli stranieri, in linea con quanto segnalato da molti rapporti delle Nazioni Unite, coloro che sono in attesa di una decisione sulla protezione internazionale appaiono particolarmente vulnerabili ed esposti allo sfruttamento. In un'inchiesta a Cosenza è lo stesso gestore del centro di accoglienza ad essere impuntato per sfruttamento, al di là di questo caso eclatante, gli stranieri nella fase di attesa di una decisione sul loro status sono spesso sfruttati nelle fabbriche tessili a conduzione cinese nel pratese e nel napoletano e, sia a Nord che a Sud, in agricoltura.

¹ In particolare, l'impiego di manodopera italiana in condizioni di sfruttamento lavorativo è emerso nell'ambito di procedimenti avviati dalle procure della Repubblica di Cosenza, Agrigento, Brindisi e L'Aquila, dove cittadini italiani sono vittime di sfruttamento in di ben due procedimenti.

Un altro dato che emerge, in contrasto con la comune rappresentazione del fenomeno, è che lo sfruttamento lavorativo non si concentra affatto nel settore agricolo. Sebbene la stessa legge 199/2016, che ha riformato l'articolo 603-*bis*, sia rubricata “Disposizioni in materia di contrasto ai fenomeni del lavoro nero, dello sfruttamento del lavoro in agricoltura e di riallineamento retributivo nel settore agricolo”, l'impiego di lavoratori in condizioni palesemente difformi dalla normativa si riscontra, spesso, in settori economici differenti: delle 46 inchieste monitorate, infatti, ben 12 attengono a comparti produttivi diversi da quello agricolo².

La nuova formulazione del 603-*bis*, che ha svincolato la persecuzione dello sfruttamento dall'intermediazione del “caporale” si è rivelata utile soprattutto nelle inchieste relative a casi di sfruttamento meno palesi – ma non per questo meno gravi – che riguardano settori diversi da quello agricolo, in cui l'abuso perpetrato in danno del lavoratore si cela dietro un velo di legalità. Così, ad esempio, accade che vengano stipulati contratti per un monte ore nettamente inferiore a quello effettivo³, che si faccia formalmente ricorso al modello legale tipico della prestazione occasionale⁴ o che i datori di lavoro paghino solo fittiziamente il compenso risultante in busta paga che, in alcuni casi viene corrisposto in parte, in altri restituito al datore di lavoro⁵. Queste situazioni sarebbero difficilmente perseguibili penalmente con la vecchia formulazione dell'art. 603-*bis* c.p., essendo completamente assente l'intermediazione. Significativo è il caso della Procura di Prato che, per combattere lo sfruttamento dei lavoratori nelle aziende tessili della zona, prevalentemente

² Ci si riferisce, in particolare, ai procedimenti di competenza della Procura di Firenze, avente ad oggetto alcuni richiedenti asilo reclutati per svolgere attività di volantinaggio; di Cosenza, che vede alcuni lavoratori afgani impiegati nell'edilizia; di Livorno, inerente ad un migrante impiegato su di un peschereccio; di Lecce, in merito all'impiego di alcuni lavoratori stranieri nell'installazione di pannelli fotovoltaici; di Catania che vede coinvolti alcuni lavoratori impiegati nel settore dell'allevamento; di Pesaro in merito ad alcuni lavoratori addetti alla manutenzione e fabbricazione di infissi; di Padova in merito ad un episodio di sfruttamento nel settore della logistica; di Prato avente ad oggetto una vicenda di sfruttamento lavorativo nell'attività del confezionamento ed imballaggio di tessuti e ai due procedimenti ciascuna le procure de L'Aquila, inerenti la ricostruzione successiva al sisma del 2009, e di Napoli, relativi a lavoratori stranieri impiegati nel comparto tessile.

³ Significativa la vicenda di competenza della Procura di Prato, in cui il lavoratore, impiegato con un contratto *part-time* era, in realtà costretto a lavorare dodici ore al giorno, sette giorni su sette e privato della possibilità di assentarsi dal luogo di lavoro per ferie o altri motivi.

⁴ Tale situazione è emersa nell'ambito di un procedimento di competenza della Procura di Firenze: gli stranieri, impiegati in attività di volantinaggio venivano assunti con un contratto, stipulato verbalmente, per prestazioni occasionali, pur se impiegati cinque giorni su sette per nove ore e sottoposti ad un'organizzazione ferrea del lavoro.

⁵ Tali situazioni sono state riscontrate in numerosi procedimenti oggetto di monitoraggio: degne di menzione, tuttavia, risultano le vicende de L'Aquila, in cui i lavoratori, pur se regolarmente retribuiti, erano costretti a stornare gran parte del loro stipendio al datore di lavoro in un momento successivo.



a conduzione cinese, sembra avviarsi a fare un uso consistente di questo articolo del codice penale, grazie alla sua nuova formulazione che, a differenza della vecchia, consente di perseguire il datore di lavoro a prescindere della presenza dell'intermediazione⁶.

Come mostrano tre delle inchieste monitorate, due delle quali di competenza della Procura della Repubblica di L'Aquila, relative a numerosi lavoratori impiegati nell'attività di ricostruzione successiva al terremoto del 2009 e una della Procura di Padova, relativa al settore della logistica, il quadro delle disposizioni normative rende ancora difficile sanzionare i responsabili dello sfruttamento quando questo viene operato ai danni di lavoratori impiegati presso ditte sub-appaltatrici o in cooperative che gestiscono la logistica per un committente che non ha alcun diretto rapporto con i lavoratori.

L'importanza dell'articolo 603-bis per le inchieste di sfruttamento lavorativo in settori diversi da quello agricolo emerge anche dal dato sull'impiego delle misure cautelari. Nell'ambito delle 46 inchieste monitorate sono stati analizzati 16 provvedimenti di richiesta di misure cautelari per un totale di 53 misure cautelari richieste e 46 concesse, di cui 24 per inchieste relative all'agricoltura e 22 per inchieste relative ad altri settori⁷.

Con riguardo alla gravità dei fatti, nel corso del dibattito parlamentare è emersa la preoccupazione che la nuova formulazione dell'art. 603-bis avrebbe consentito la persecuzione penale di mere irregolarità amministrative. Dal monitoraggio in corso emerge

⁶ Il Centro ha stipulato una specifica Convenzione con la Procura di Prato per analizzare questo impiego e per verificare il funzionamento delle previsioni normative che prevedono la tutela sociale dei lavoratori sfruttati.

⁷ In particolare, per i procedimenti relativi all'agricoltura, questo è il quadro delle misure cautelari: la Procura di Ragusa, limitatamente ad uno dei procedimenti di sua competenza, ha richiesto ed ottenuto gli arresti domiciliari a carico dei 2 imputati principali; la Procura di Catania, nel corso di uno dei procedimenti di sua competenza, ha richiesto 8 misure cautelari, delle quali solo 4 sono state concesse; la Procura di Latina, nell'ambito di uno dei procedimenti di sua competenza, ha richiesto ed ottenuto la custodia cautelare in carcere nei confronti dell'imputato principale; la Procura di Larino, in sede di convalida dell'arresto, ha richiesto ed ottenuto l'applicazione di una misura cautelare personale nei confronti dell'imputato principale; la Procura di Agrigento, nell'ambito del procedimento di sua competenza, ha richiesto ed ottenuto 3 misure cautelari personali a carico degli indagati principali; la Procura di Cosenza che ha richiesto ed ottenuto 13 misure cautelari variamente modulate nell'ambito di un procedimento per lo sfruttamento lavorativo di braccianti. Per quanto gli altri settori produttivi la stessa Procura di Cosenza ha chiesto e ottenuto una custodia cautelare in carcere per un procedimento di sfruttamento di lavoratori afgani in edilizia; la Procura della Repubblica di Pesaro (procedimento relativo a ditta produttrice di pannelli solari) ha richiesto ed ottenuto, nei confronti dell'imputato principale, l'applicazione degli arresti domiciliari; la Procura di Padova ha richiesto, nell'ambito per il procedimento relativo alla logistica, cinque misure cautelari, ottenendone 4 e, per il procedimento inerente al settore agricolo, ha richiesto ed ottenuto l'applicazione di 2 misure cautelari personali; la Procura della Repubblica di L'Aquila ha richiesto, nell'ambito delle due inchieste di sua competenza, 16 misure cautelari, ottenendone 14. Le misure cautelari personali complessivamente adottate, pertanto, sono 46, su 53 richieste. Ad esse si aggiunge un sequestro preventivo richiesto ed ottenuto dalla Procura di Pesaro a carico dell'imputato principale.

che soltanto due delle nove inchieste promosse ex art. 603-*bis* nuova formulazione riguardano fatti commessi senza l'aggravante della violenza o minaccia e in esse, comunque, ricorrono le altre aggravanti previste dal quarto comma dell'articolo (aver commesso il fatto a danno di più di tre lavoratori, di lavoratori minorenni, aver esposto i lavoratori a grave pericolo). Non si riscontrano inchieste condotte per la fattispecie in questione nella sua forma non aggravata. A conferma della gravità delle situazioni oggetto delle inchieste sta il dato che in sei di esse è stato contestato anche il reato di associazione a delinquere⁸, e in una quello di riciclaggio⁹. Le semplici trasgressioni occasionali della normativa di settore continuano a confluire nell'ambito applicativo degli illeciti contravvenzionali di cui al D.lvo 276/2003¹⁰, l'art. 603-*bis* c.p. viene invocato limitatamente a situazioni di grave sfruttamento lavorativo in cui, di regola, ricorre contestualmente più di un indice sintomatico.

L'articolo art. 603-*bis* c.p. sembra, al contrario, proteggere i datori di lavoro da imputazioni più gravi. Prima dell'entrata in vigore dell'art. 603-*bis* c.p., veniva utilizzato il delitto di estorsione (art. 629 c.p.), per reprimere le condotte del datore di lavoro che, minacciando il licenziamento o la mancata assunzione, faceva accettare condizioni contrarie alla legge o alla contrattazione collettiva, quali il lavoro in nero, trattamenti economici inferiori al pattuito o, ancora, sottoscrizioni di lettere di dimissioni. Questo reato è stato usato, tra gli atti analizzati, per fatti antecedenti l'entrata in vigore del 603-*bis*, dagli inquirenti de L'Aquila, per le condotte degli imprenditori impegnati nell'opera di ricostruzione post-sismica. Da un lato l'estorsione, nella sua formulazione di base, è punita in maniera più severa rispetto a quanto previsto dall'art. 603-*bis* c.p. quando la condotta è caratterizzata dalla minaccia, inoltre essa può essere sanzionata a prescindere da ogni forma di approfittamento di una situazione di bisogno del lavoratore, consente dunque di perseguire un numero molto più ampio di condotte dei datori di lavoro.

⁸ Inchieste di Catania, Napoli, Prato, Lecce e L'Aquila (due).

⁹ Inchiesta di Padova.

¹⁰ Un esempio emblematico di quanto affermato si riscontra nell'ambito di un procedimento di competenza della Procura di Asti in cui si era contestato agli indagati di aver stipulato contratti di appalto, d'opera o di servizi, in assenza dei requisiti richiesti dall'art. 29 l. 276/2003. In questo caso, il procedimento è stato archiviato per irrilevanza penale del fatto, sussumibile nell'ambito della fattispecie contravvenzionale prevista dalla richiamata normativa.



3. Sfruttamento, riduzione in schiavitù e tratta

Le condotte punibili ex art. 603-*bis* possono spesso rientrare anche in fattispecie molto più gravi, quali la riduzione in condizioni di schiavitù o servitù (art. 600 c.p.) e la tratta di esseri umani (art. 601 c.p.), entrambi puniti con una pena che va da un minimo di otto anni ad un massimo di venti anni di reclusione.

Due dei procedimenti analizzati, arrivati alla sentenza di primo grado, testimoniano in modo evidente questa funzione “protettrice” dei datori di lavoro dell’art. 603-*bis*. Il primo caso emblematico è quello della recente sentenza del Tribunale di Napoli, emessa in relazione ad un episodio di sfruttamento lavorativo che vedeva coinvolti alcuni cittadini del Bangladesh, reclutati nel loro paese di origine con la falsa promessa di un impiego ben remunerato presso alcune imprese tessili di un loro connazionale. L’imputato principale, con l’aiuto di alcuni complici, dapprima si è adoperato per promuovere l’ingresso irregolare gli stranieri sul territorio italiano e, successivamente, li ha impiegati presso le sue fabbriche in condizioni di sfruttamento. Gli imputati sono stati condannati per associazione per delinquere (art. 416 c.p.), favoreggiamento dell’immigrazione clandestina (art. 12 commi 3, 3-*bis* e 5 D.lvo 25 luglio 1998 n. 286) e sfruttamento lavorativo. L’episodio risale ad un periodo antecedente al 2016 ma si è potuto applicare l’art. 603-*bis* c.p. nella sua originaria formulazione perché l’imprenditore ha svolto un ruolo attivo anche nella fase di reclutamento. Senza il ricorso all’art. 603-*bis* c.p., l’imputato sarebbe stato perseguito per tratta di esseri umani ricorrendo, nella vicenda riportata, tutti gli elementi che integrano questo reato: la condotta (di reclutamento) le modalità (di approfittamento di una situazione di debolezza soggettiva) e la finalità di sfruttamento richiesta. Senza il 603-*bis* sarebbe dunque, probabilmente, stato condannato ad una pena molto più alta. Merita di essere sottolineato che, dopo la recezione della direttiva EU del 2011 sulla tratta, questo reato si configura anche se il reclutamento a cui segue l’impiego e lo sfruttamento, non viene effettuato all’estero, ma tutti gli elementi del reato si verificano entro i confini nazionali (cosiddetta “tratta interna”).

Per quanto riguarda il reato di schiavitù questo è stato addebitato dalla Corte d’Assise di Lecce, chiamata a pronunciarsi in merito ai gravi fatti di sfruttamento lavorativo avvenuti dal 2008 all’agosto del 2011 nelle campagne di Nardò ed emersi a seguito dell’omonima

rivolta, a tre imprenditori e otto caporali. In fatti in questione erano avvenuti prima dell'entrata in vigore dell'art. 603-*bis* c.p.¹¹.

Infine, si segnala, con rammarico, che sebbene la legge 199 abbia previsto di assicurare alle vittime di sfruttamento lavorativo una protezione sociale ex art. 18 Testo Unico sull'immigrazione (analoga a quella concessa alle vittime di sfruttamento sessuale), nei procedimenti esaminati ad oggi non c'è traccia di concessione di tale misura.

¹¹ Va evidenziato che in alcuni dei casi monitorati, per esempio in un caso della Procura di Catania, l'inchiesta è iniziata ipotizzando il reato di riduzione in schiavitù e servitù e poi derubricato a sfruttamento lavorativo.



Le politiche di *Protection Elsewhere* alla luce della Convenzione di Ginevra del 1951

Michele GIGLI*
European University Institute

ABSTRACT: After the break-up of the Warsaw Pact and the U.R.S.S. disintegration, EU countries started to tighten their asylum policies and send asylum seekers back to supposed safe countries, insofar as those countries were considered able to comply with international protection safeguards. The 1951 Refugee Convention doesn't forbid these practices, and the non-refoulement principle defined therein is not incompatible as such with Protection Elsewhere initiatives. The European Court of Human Rights has gradually enhanced the non-refoulement principle by relying upon a humanitarian oriented interpretation of the Article 3 of the ECHR. Several strategies have therefore been developed by EU political actors in order to externalise migration control and to escape binding constraints arising from ECtHR case-law. This contribution shows that Protection Elsewhere practices are ultimately aimed at managing refugee flows so as to avoid jurisdictional accountability towards asylum seekers and to maintain national sovereignty. It is argued that de jure externalisation through Protection Elsewhere practices is enabled by a legal vacuum in the Refugee Convention, as the Convention was specifically designed to give protection to post-World War II Refugees and it accordingly implies that not all asylum seekers have the same right to be granted protection.

1. Introduzione

Presso gli Stati dell'Unione europea si riscontra di recente un'attitudine al trasferimento delle proprie responsabilità di protezione dei richiedenti asilo verso gli Stati terzi, il che è indice di un mutamento politico rispetto al ruolo che gli stessi assumono dinanzi alla gestione dei flussi migratori. Tale mutamento si deve anche all'inadeguatezza delle strutture politico-amministrative rispetto alla necessità di far fronte alle contingenze storiche che ispirano i flussi migratori verso il vecchio continente.

* Contatto Michele GIGLI | michele.gigli@eui.it



Immediatamente dopo la Seconda Guerra Mondiale, e fino alla fine della Guerra Fredda, il ‘rifugiato’ rappresentava una fonte essenziale del capitale politico di uno Stato, e i paesi con politiche migratorie maggiormente liberali venivano considerati come modelli positivi di umanitarismo, nonché come esempi concreti della superiorità giuridica delle democrazie occidentali¹. In questo contesto, veniva approvata nel 1948 la Dichiarazione Universale dei Diritti dell’Uomo, il cui art. 14.1 sancisce il diritto di ogni individuo “di cercare e di godere in altri paesi asilo dalle persecuzioni”, e nel 1951 vedeva la luce la Convenzione di Ginevra relativa allo statuto dei Rifugiati, in risposta alle varie istanze provenienti dalle Nazioni Unite e dall’Organizzazione Internazionale per i Rifugiati sulla necessità di fornire protezione ai profughi in fuga dal blocco sovietico a seguito dell’occupazione dell’Europa Orientale.

La situazione è cambiata repentinamente dopo la caduta del muro di Berlino, quando lo scioglimento del patto di Varsavia e l’apertura dei corridoi dell’Europa Orientale smorzarono il valore politico dell’accoglienza dei rifugiati dall’URSS. Di fronte all’evidenza che uno sproporzionato afflusso di rifugiati si sarebbe riversato nell’Europa Occidentale, Austria e Germania cominciarono a rigettare le richieste di asilo che venivano presentate, sulla scorta della considerazione che la protezione poteva essere previamente ottenuta nei paesi dell’Europa dell’Est, nuovamente considerati sicuri. Il prototipo della politica di *protection elsewhere* si trova in una proposta di legge presentata dal Parlamento austriaco nel 1991², seguita a breve distanza dalla riforma del diritto di asilo in Germania e nel Regno Unito³. A ben vedere, quando nel 2003 il Regolamento Dublino II pose il principio dell’“unico Stato membro responsabile”, non fece che normativizzare ciò che le amministrazioni statali già facevano da una decina di anni, ossia trasferire l’onere di farsi carico delle richieste di asilo sui paesi geograficamente più esposti, isolando proprio quelli

¹ B. Leimsidor, “The concept of ‘Safe Third Country’ in asylum legislation, regulation and practice: political, humanitarian and practical consideration”, in L. Zagato (2006), a cura di, *Verso una disciplina comune europea del diritto di asilo*, Padova, Cedam, p. 40.

² *Bundesgesetz über die Gewährung von Asyl (Asylgesetz 1991)*, BGBl. Nr. 8/1992: la legge prevede che un richiedente asilo possa essere espulso per il fatto di aver attraversato un paese che risulta sicuro ai sensi dell’art. 52 e nel quale, pertanto, aveva la possibilità di ottenere protezione.

³ A norma della *Section 345 delle Immigration Rules* del 1993, il Segretario di Stato può rifiutare la concessione dell’asilo senza previo esame nel merito quando il richiedente sia transitato per uno Stato considerato ‘sicuro’ e ivi avesse avuto l’opportunità di presentare domanda di protezione internazionale. In questo caso l’amministrazione britannica può disporre l’allontanamento del richiedente verso detto Stato, previo accertamento che vi sia una chiara evidenza che il richiedente vi sarà riammesso.



dell'Europa centrale che vantavano strutture sociali ed economiche più avanzate. La proposta di regolamento teneva evidentemente conto del processo di adesione all'Unione europea dei paesi facenti parte del blocco orientale composto da Polonia, Cecoslovacchia e Ungheria, che si concluse nel maggio del 2004.

La mutata considerazione dell'asilo politico è evidente negli obiettivi di questa riforma. L'originaria convenzione, approvata nel 1990 per evitare il fenomeno dei c.d. 'rifugiati in orbita'⁴, veniva piegata alle esigenze dei paesi dell'Europa centrale di liberarsi dall'obbligo di protezione di quella schiera di richiedenti asilo che appariva sempre meno un capitale politico e sempre più una minaccia per l'economia nazionale e la stabilità sociale. Il meccanismo di individuazione dell'unico Stato membro responsabile dell'analisi della domanda di asilo presentata nell'Unione costituiva una garanzia per il rifugiato di non rimanere in 'orbita', ma tale garanzia diventa ora un vincolo per il richiedente a rimanere sul territorio dello Stato responsabile, che, salvo poche eccezioni, è il paese tramite cui questi fa ingresso in Europa. Il sistema dell'*unico Stato membro responsabile* si basa su un principio di *confiance mutuelle* che consente di presumere che tutti gli Stati Membri siano paesi sicuri⁵ e saranno pertanto in grado di valutare correttamente una domanda di asilo assicurando il rispetto dei diritti fondamentali⁶. Tale principio è consacrato nel testo del secondo Considerando del suddetto Regolamento, secondo cui "gli Stati membri, tutti rispettosi del principio di non respingimento, sono considerati Stati sicuri per i cittadini di paesi terzi". Si applica in altre parole una presunzione relativa di sicurezza in seno all'Unione europea, le cui

⁴ Molti studiosi utilizzano questa espressione per indicare la situazione dei migranti fisicamente presenti sul territorio dell'Unione europea ma privi di qualsivoglia status giuridico in quanto nessuno Stato membro è disponibile a prendere in carico la loro richiesta di protezione internazionale. Cfr. B. Cortese (2006) "L'esternalizzazione delle procedure di riconoscimento dello status di Rifugiato: l'approccio dell'Unione Europea tra prassi degli Stati Membri e competenze comunitarie", in L. Zagato, *Verso una disciplina comune europea del diritto d'asilo*, pp. 199-231, Padova, Cedam; D. Dubolito (2004) "L'identificazione dello Stato competente all'esame di una domanda di asilo: dalla Convenzione di Dublino al nuovo Regolamento", *Diritto dell'Unione Europea*, 4: 811-45.

⁵ J.Y. Carlier, S. Sarolea (2016) *Droit des étrangers*, Bruxelles, Larcier, p. 463.

⁶ La Corte di Giustizia dell'Unione Europea, nella sentenza resa sul caso N.S. c. *Secretary of State for the Home Department*, sostiene che "risulta dall'esame dei testi che istituiscono il sistema europeo comune di asilo che quest'ultimo è stato concepito in un contesto che permette di supporre che l'insieme degli Stati partecipanti, siano essi Stati membri o paesi terzi, rispetti i diritti fondamentali, compresi i diritti che trovano fondamento nella Convenzione di Ginevra e nel Protocollo del 1967, nonché nella CEDU, e che gli Stati membri possono fidarsi reciprocamente a tale riguardo" (paragrafo 78), e, immediatamente dopo, che "è proprio in ragione di tale principio di reciproca fiducia che il legislatore dell'Unione ha adottato il regolamento n. 343/2003 e le convenzioni menzionate ai punti 24-26 della presente sentenza, al fine di razionalizzare il trattamento delle domande di asilo e di evitare la saturazione del sistema" (paragrafo 79).

poche eccezioni sono state, finora, esclusivamente di matrice giurisprudenziale⁷.

A ben vedere, la Convenzione del 1951 già implicava la possibilità di valutare le condizioni di sicurezza dei paesi di transito, e questa risulta particolarmente evidente dalla lettura dell'art. 31.1⁸ e 33.1⁹. Dunque, le tutele discendenti dal testo convenzionale presuppongono che vi sia una previa valutazione di sicurezza dei paesi terzi nell'applicare le garanzie ivi previste. Si può pertanto giuridicamente sostenere che la Convenzione di Ginevra, elaborata nella ristretta ottica di fornire protezione ai rifugiati della Seconda Guerra Mondiale, implicitamente ammetta pratiche di trasferimento della protezione fin tanto che i paesi destinatari siano presuntivamente sicuri con riguardo alla situazione soggettiva delle persone trasferite.

L'argomento qui presentato si articolerà in tre parti: nella prima parte verrà analizzato come le pratiche di *Protection Elsewhere*, per quanto non contemplate nel testo in questione, non siano escluse dall'impianto convenzionale, e in particolare dal principio di *non-refoulement* su cui questo impianto si regge; nella seconda parte si introdurrà un ostacolo all'esternalizzazione della gestione migratoria, costituito dalla giurisprudenza della CEDU che, interpretando evolutivamente l'articolo 3 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, estende le maglie del *non-refoulement* fino a dedurne un divieto di respingimento pressoché assoluto; nell'ultima parte verranno presi in considerazione gli espedienti utilizzati dagli attori politici per sottrarsi a questo divieto, mostrando come quello più efficace (per lo meno dal punto di vista del rispetto dei requisiti giuridici e, conseguentemente, dell'*accountability* politica) sia effettivamente la normativizzazione del concetto di 'paese sicuro'.

⁷ Il divieto di rinviare richiedenti asilo verso Stati membri che presentino carenze sistemiche nelle procedure di asilo implicanti il rischio di trattamenti inumani e degradanti è stato codificato all'art. 3.2 del Regolamento Dublino III ma non è mai stato applicato, e i soli vincoli effettivi ai respingimenti verso Stati membri che presentino siffatte caratteristiche sono quelli posti dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, segnatamente nelle sentenze M.S.S. c. Belgio e Grecia (App. No. 30696/09 del 21 gennaio 2011) e Tarakhel c. Svizzera (App. No. 29217/12 del 4 novembre 2014).

⁸ Che recita: "Gli Stati Contraenti non prenderanno sanzioni penali, a motivo della loro entrata o del loro soggiorno illegali, contro i rifugiati che giungono direttamente da un territorio in cui la loro vita o la loro libertà erano minacciate nel senso dell'articolo 1, per quanto si presentino senza indugio alle autorità e giustifichino con motivi validi la loro entrata o il loro soggiorno irregolari".

⁹ "Nessuno Stato Contraente espellerà o respingerà, in qualsiasi modo, un rifugiato verso i confini di territori in cui la sua vita o la sua libertà sarebbero minacciate a motivo della sua razza, della sua religione, della sua cittadinanza, della sua appartenenza a un gruppo sociale o delle sue opinioni politiche".



2. Il principio di *non-refoulement* nel sistema di asilo

2.1. Profili di compatibilità fra la Convenzione di Ginevra e le Pratiche di *Protection Elsewhere*

In primo luogo, è necessario indagare se la possibilità per gli Stati parte della Convenzione di Ginevra di trasferire un migrante in un altro Stato è contemplata dalla Convenzione. Nelle linee guida pubblicate nel 2007 dall'Università del Michigan viene rilevato come la Convenzione di Ginevra non vieti né autorizzi espressamente la politica di concedere protezione altrove, e che pertanto tale pratica è compatibile con la Convenzione fin tanto che essa garantisca al rifugiato, come definito all'art. 1, il godimento dei diritti consacrati agli articoli da 2 a 34 della Convenzione¹⁰. In principio si può quindi sostenere che le pratiche di *Protection Elsewhere* sono ammissibili almeno ogni qualvolta il migrante richieda protezione internazionale ma non soddisfi tutti i requisiti imposti dall'art. 1 della Convenzione, ad esempio perché “fruisce attualmente della protezione o dell’assistenza di un’organizzazione o di un’istituzione delle Nazioni Unite che non sia l’Alto Commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati”¹¹ o perché “secondo il parere delle autorità competenti del suo Stato di domicilio ha tutti i diritti e gli obblighi dei cittadini di detto Stato”¹². Il caso del 'Rifugiato putativo' è dunque il più semplice da far ricadere nell'ambito di operatività delle politiche di *Protection Elsewhere*, ma non è certamente l'unico.

Il fatto che la Convenzione ammetta che un rifugiato possa ottenere protezione altrove si può ricavare da un'interpretazione *ratio legis* dell'art. 31. Tale disposizione si occupa delle restrizioni alla libertà di movimento dei migranti illegalmente soggiornanti che fuggono da situazioni di pericolo. Il secondo paragrafo regola il ricorso a tali limitazioni in questi termini:

Gli Stati Contraenti limitano gli spostamenti di tali rifugiati soltanto nella misura necessaria. Tali limitazioni devono essere mantenute solo fintanto che lo statuto di questi rifugiati nel paese che li ospita sia stato regolato o essi siano riusciti a farsi ammettere in un altro paese. Gli Stati Contraenti concedono a tali rifugiati un termine adeguato e tutte le facilitazioni

¹⁰J. C. Hathaway (2007) “Michigan Guidelines on Protection Elsewhere”, *Michigan Journal of International Law*, 28(2).

¹¹ UNHCR (1951) *Convenzione Internazionale relativa allo Statuto dei Rifugiati*, Ginevra, art. 1 (D).

¹² *Ivi*, art. 1 (E).

necessarie affinché possano ottenere il permesso d'entrata in un altro paese¹³

I rifugiati a cui la disposizione si riferisce sono quelli definiti al paragrafo 1, cioè quelli “che giungono direttamente da un territorio in cui la loro vita o la loro libertà erano minacciate nel senso dell'articolo 1”, e pertanto bisognosi di protezione. Per ciò che interessa ai nostri fini, è chiaro che il riferimento a ‘un altro paese’ deve essere inteso come a un paese terzo, diverso da quello da cui il migrante è fuggito, che si faccia a sua volta carico delle misure di protezione. Questa ipotesi, più che legittimare il trasferimento delle responsabilità di protezione, tende piuttosto ad attribuire una certa considerazione alla volontà del migrante di ottenere protezione in un paese diverso da quello in cui è giunto, ma implicitamente ammette tale trasferimento di responsabilità.

Più in generale, l'omissione all'interno della Convenzione di un esplicito divieto di trasferire un rifugiato nel territorio di un altro Stato riflette le intenzioni degli Stati contraenti di escludere un potenziale rifugiato dal regime della Convenzione laddove egli potesse godere di un maggior livello di protezione in uno Stato terzo, dal momento che quel regime delinea uno standard minimale di tutela, che si impone a tutti gli Stati parte ma è spesso inferiore agli standard offerti dai regimi nazionali. Tuttavia molti Stati traggono da questa omissione un'implicita autorizzazione a trovare per il rifugiato protezione altrove, anche laddove gli standard di tutela offerti dai paesi terzi siano inferiori a quelli convenzionali, purché comunque compatibili con il divieto di *refoulement*, unico limite esplicitato nel testo convenzionale, all'art. 33.

Si può agevolmente concludere che, a fronte di una dettagliata definizione legislativa della figura del rifugiato, non si accompagna nella Convenzione di Ginevra un obbligo per gli Stati parte di concedere l'asilo *strictu sensu*. A ben vedere, la volontà di taluni stati di riconoscere l'asilo quale diritto fondamentale dell'essere umano non è mai riuscita ad imporsi sull'esigenza di non veder compromessa la propria sovranità¹⁴. Sebbene diversi passi avanti

¹³ Il corsivo è aggiunto.

¹⁴ La percezione di un'eccessiva erosione della sovranità nazionale ha indotto i partecipanti al tavolo delle trattative a richiamarsi al principio della solidarietà fra gli Stati. Il quarto Considerando della Convenzione di Ginevra, in cui si legge che “dalla concessione del diritto d'asilo possono risultare oneri eccezionalmente gravi per determinati paesi” e ancora “una soluzione soddisfacente dei problemi di cui l'Organizzazione delle Nazioni Unite ha riconosciuto l'importanza e il carattere internazionale non può essere conseguita senza solidarietà internazionale”, costituisce una sorta di clausola di salvaguardia per quelle situazioni in cui la responsabilità di uno Stato sui propri rifugiati si rende particolarmente gravosa.



siano stati fatti in seno alla comunità europea a partire dalla fine della Seconda Guerra Mondiale, il diritto di asilo non ha ancora trovato un pieno riconoscimento quale diritto soggettivo dell'essere umano, e nella pratica nessuna norma di diritto internazionale stabilisce un divieto a sé stante di rinviare un richiedente asilo verso uno Stato terzo. La stessa Convenzione di Ginevra, che dovrebbe essere la pietra angolare del sistema comune europeo dell'asilo, assicura protezione ai rifugiati non attraverso l'obbligo di concedere l'asilo, ma attraverso l'obbligo di *non-refoulement*, unico vero limite alla possibilità di uno Stato di trasferire un migrante nel territorio di un altro Stato, delegando a quest'ultimo i propri doveri di protezione.

2.2. Gli elementi costitutivi del *non-refoulement*

Il principio di *non-refoulement* si connota come il nucleo caratterizzante del diritto d'asilo in quanto costituisce la fattispecie in cui si realizza pienamente il fine da esso perseguito, ossia fornire alla persona la protezione necessaria per prevenire il rischio che possa essere soggetta a persecuzione. Pertanto si può affermare che il livello effettivo di tutela contro le persecuzioni sia in larga parte, se non esclusivamente, determinato dall'estensione applicativa del principio in oggetto. La formulazione classica e generalmente accettata del principio di *non-refoulement* si trova all'art. 33 della Convenzione di Ginevra, il cui primo comma costituisce la più potente manifestazione di volontà degli Stati in ordine alla necessità di fornire protezione internazionale ai rifugiati:

No Contracting State shall expel or return (“refouler”) a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion

Tale disposizione, apparentemente perentoria, è tutt'altro che inequivocabile. Alcuni profili meritano un attento chiarimento. Per quanto riguarda l'applicazione *ratione personae*, si fa fatica ad identificare il beneficiario della norma in colui che ha ottenuto lo status di rifugiato, poiché, in tal modo, sarebbe vanificata la *ratio* volta a garantire tutela a chi raggiunga, anche in maniera irregolare, il territorio di uno Stato parte per mettere in salvo la propria vita o la propria libertà. Tuttavia, non vi è motivo di dare una siffatta interpretazione



in quanto il termine ‘rifugiato’ viene definito all’art. 1 A(2) come colui che, “nel giustificato timore d’essere perseguitato per la sua razza, la sua religione, la sua cittadinanza, la sua appartenenza a un determinato gruppo sociale o le sue opinioni politiche, si trova fuori dello Stato di cui possiede la cittadinanza e non può o, per tale timore, non vuole domandare la protezione di detto Stato”. Dunque quella di rifugiato è una condizione soggettiva che sussiste a prescindere da un suo riconoscimento formale ad opera delle autorità statali¹⁵, essendo sufficiente, per integrare la norma, la semplice manifestazione del suddetto timore¹⁶. Tale orientamento trova la sua più evoluta espressione in una recente pronuncia della Corte di Giustizia dell’Unione Europea, la quale, adita in via pregiudiziale su un potenziale conflitto fra l’art. 14 della Direttiva 2011/95/UE e l’art. 1 (F) della Convenzione di Ginevra, riguardante le cause di esclusione delle disposizioni della Convenzione, statuisce che anche la revoca o il mancato riconoscimento dello status di rifugiato in applicazione delle norme di diritto nazionale e europeo non possono privare la persona di quei diritti previsti dalla Convenzione che sono connessi alla qualità di rifugiato, se questa è soggettivamente sussistente¹⁷. Di riflesso, ne segue che l’obbligo di *non-refoulement* deve operare anche nei confronti di un richiedente asilo che non necessariamente integra i requisiti dell’art. 1 A(2), fintanto che la domanda di protezione è pendente. Una diversa conclusione porterebbe con sé il rischio che, nelle more delle procedure di valutazione della domanda, venga respinta una persona nel paese in cui la sua vita o la sua libertà potrebbero essere in pericolo, contravvenendo al disposto dell’art. 31 della Convenzione di Vienna sul Diritto dei Trattati che sottolinea la necessità di interpretare le convenzioni ‘in buona fede’ e tenendo conto del loro contesto e soprattutto degli obiettivi che si prefiggono.

¹⁵ Direttiva 2011/95/UE (c.d. ‘Direttiva qualifiche’), Considerando n. 21: “Il riconoscimento dello status di rifugiato è un atto ricognitivo”.

¹⁶ Vedi *UN High Commissioner for Refugees (2011) Handbook and Guidelines on Procedures and Criteria for Determining Refugee Status under the 1951 Convention and the 1967 Protocol Relating to the Status of Refugees*, HCR/1P/4/ENG/REV.3, accessibile all’indirizzo <https://www.refworld.org>, par. 28: “A person is a refugee within the meaning of the 1951 Convention as soon as he fulfils the criteria contained in the definition. This would necessarily occur prior to the time at which his refugee status is formally determined. Recognition of his refugee status does not therefore make him a refugee but declares him to be one. He does not become a refugee because of recognition, but is recognized because he is a refugee”.

¹⁷ CGUE (Grande Camera), M c. *Ministerstvo vnitra*, X e X c. *Commissaire général aux réfugiés et aux apatrides*, cause riunite C-391/16, C-77/17 e C-78/17, 14 maggio 2019, par. 100: “le disposizioni dell’articolo 14, paragrafi da 4 a 6, della direttiva 2011/95 non possono essere interpretate nel senso che la revoca dello status di rifugiato o il diniego di concessione di detto status abbia l’effetto di privare il cittadino di un paese terzo o l’apolide interessato, il quale soddisfa i requisiti materiali [per essere considerato rifugiato], della qualità di rifugiato, ai sensi dell’articolo 1, sezione A, della Convenzione di Ginevra, e pertanto di escluderlo dalla protezione internazionale che l’articolo 18 della Carta impone di garantirgli nel rispetto di detta convenzione”.



Per quanto riguarda l'applicazione *ratione materiae*, non è specificato nel testo a quali provvedimenti statali si estenda il concetto di *return*. Durante i lavori preparatori della Convenzione era stata avanzata da alcuni rappresentanti l'ipotesi che la portata dell'articolo 33 non comprendesse i provvedimenti di estradizione di stranieri sospettati di aver commesso reati comuni¹⁸. Ove si accogliesse tale interpretazione, ne deriverebbe che la portata della disposizione sarebbe circoscritta ai provvedimenti di espulsione informale, e sarebbe alquanto agevole per le autorità nazionali aggirare tale obbligo mediante l'emissione formale di un provvedimento di espulsione. Tuttavia non sussiste ad oggi alcun dubbio che lo scopo perseguito dalla disposizione sia compatibile solo con un'interpretazione estensiva del termine *return*, che prescindendo dalla natura giuridica dell'atto concretamente adottato, e la correttezza di tale posizione si evince dalla locuzione *in any manner whatsoever*, che mostra come la norma non intenda fare distinzioni fra le varie fattispecie di respingimento verso un paese in cui sia incombente il rischio di persecuzioni, e non vi è nessun elemento (né nel paragrafo 1, né nel successivo paragrafo 2 che ne limita l'operatività) che possa far intendere che i provvedimenti di estradizione facciano eccezione a tale ampia formulazione¹⁹.

2.3. Una garanzia di protezione non assoluta

Così come delineato dall'articolo 33.1, il principio di *non-refoulement* si presta a soccombere in almeno due tipi di situazioni che ne limitano l'effettività della tutela. Con riferimento al primo caso, va ricordato che al divieto di *refoulement* non corrisponde un obbligo di concedere asilo. Tale principio non costituisce uno strumento attuativo del diritto di asilo, che non esiste a livello europeo in termini assoluti, ma un'obbligazione negativa che viene in rilievo in un ordine diverso di circostanze. Se da una parte è idoneo a prestare garanzia di protezione effettiva anche in quei casi in cui il mutamento delle circostanze darebbero luogo al sorgere dei requisiti per la revoca dello status di rifugiato, dall'altra non preclude la possibilità di trasferire il rifugiato verso un altro Stato ritenuto più idoneo a fornire protezione nel caso concreto. Tale ultimo Stato non necessariamente condividerà la

¹⁸ Discussione riportata in G. Goodwin-Gill, J. McAdam (2007) *The Refugee in International Law*, Oxford, University Press.

¹⁹ Nel riaffermare il carattere fondamentale del principio di *non-refoulement*, anche il Comitato Esecutivo dell'UNHCR, con la Conclusione n. 17 del 1980, ha esplicitamente dichiarato che i rifugiati devono essere tutelati in materia di estradizioni.



visione del primo Stato di destinazione, potendosi verificare un discreto numero di situazioni che contrastano con la decisione di rinvio: esso potrebbe non riconoscere l'obbligo di riammettere il migrante²⁰, il quale rimarrebbe in orbita in attesa che uno Stato riconosca la propria giurisdizione con riferimento alla valutazione della sua domanda di protezione; oppure potrebbe a sua volta ritenere che esista un altro Stato competente (o maggiormente idoneo) a provvedere alla protezione e procedere pertanto a un ulteriore trasferimento; potrebbe infine ritenere, a differenza del primo Stato di destinazione, che non sussistano i requisiti per la concessione della protezione e procedere all'espulsione del migrante riammesso. Tutte queste situazioni, oltre a delineare un clima di incertezza destabilizzante per il richiedente asilo, sicuramente controproducente per il suo inserimento nella comunità, possono contribuire a un suo progressivo riavvicinamento verso il paese di origine che può sfociare, in ultima istanza, in un *refoulement* indiretto²¹.

Con riferimento al secondo caso, il principio di *non-refoulement* viene costantemente bilanciato, nel testo della Convenzione, con altri valori che esprimono l'interesse dello Stato di rifugio. In questa categoria vi rientrano le situazioni delineate dall'art. 33.2, che esclude dalla protezione offerta dal primo paragrafo il rifugiato che per seri motivi “debba essere considerato un pericolo per la sicurezza del paese in cui risiede oppure costituisca, a causa di una condanna definitiva per un crimine o un delitto particolarmente grave, una minaccia per la collettività di detto paese”, e dalle clausole di esclusione di cui all'art. 1 (F), che rendono inapplicabili tutte le disposizioni della Convenzione per tre specifiche categorie di rifugiati: quelli che “hanno commesso un crimine contro la pace, un crimine di guerra o un crimine contro l'umanità, nel senso degli strumenti internazionali contenenti disposizioni relative a siffatti crimini”, quelli che “hanno commesso un crimine grave di diritto comune fuori del paese ospitante prima di essere ammessi come rifugiati”, e quelli che “si sono resi colpevoli di atti contrari agli scopi e ai principi delle Nazioni Unite”. Risulta dunque evidente che la Convenzione ritiene legittimo bilanciare l'obbligo di *non-refoulement* con le esigenze di sicurezza nazionale, ben più difficile è immaginare il riscontro pratico di questa impostazione, in quanto il concetto di sicurezza nazionale, a differenza di quello di

²⁰ È risalente nel diritto internazionale consuetudinario il principio per cui nessuno Stato è tenuto a riammettere sul proprio territorio i cittadini di paesi terzi.

²¹ S.H. Legomsky, (2003) “Secondary Refugee Movements and the Return of Asylum Seekers to Third Countries: The Meaning of Effective Protection”, in *International Journal of Refugee Law*, 15(4): 583-6.



refoulement, rientra nella sfera della sovranità statale e non è, per questo motivo, definibile a livello di diritto internazionale²². Diretta conseguenza di questa osservazione è la concreta possibilità che il diritto di un rifugiato a non essere sottoposto a *refoulement* dal paese di rifugio possa essere compresso con un certo *quantum* di discrezionalità, che varia sensibilmente da paese a paese, e anche questo contribuisce a rendere il principio di *non-refoulement*, declinato nei termini della Convenzione di Ginevra, una garanzia di protezione non assoluta.

3. Il processo di estensione delle garanzie

In questa seconda parte si cercherà di illustrare come le due criticità sopra esposte siano state superate dalla giurisprudenza della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo, che ha elaborato in via interpretativa una protezione complementare che assume i connotati applicativi del *non-refoulement* ma estende le garanzie della Convenzione di Ginevra, configurando una protezione pressoché assoluta.

3.1. La tecnica di protezione *par ricochet* nella giurisprudenza della CEDU

Per quanto riguarda il primo canale di estensione delle garanzie, la *leading case* è costituito dal caso *Soering*, dove per la prima volta si pose la questione della violazione indiretta delle libertà sancite dalla Carta²³. Nel caso di specie, la Corte di Strasburgo, chiamata a pronunciarsi sull'eventuale violazione dell'art. 3 della Convenzione Europea dei

²² Non a caso, Goodwin-Gill e McAdam (2007), cit., p. 239, sostengono che il bilanciamento dei valori da parte dell'autorità nazionale debba essere fatto seguendo delle precise accortezze, come la dimostrazione della sussistenza dei 'fondati motivi' a supporto della valutazione di pericolo e la possibilità per il rifugiato di fornire sempre la controprova riguardante l'inapplicabilità dei suddetti concetti al suo caso specifico.

²³ ECtHR, *Soering v. The United Kingdom*, App. No. 14038/88, 7 luglio 1989. I fatti di causa in sintesi: Soering è un cittadino della Repubblica Federale Tedesca, residente negli Stati Uniti. Nel 1985 uccide, con la complicità della fidanzata, i genitori di lei. I due fuggono nel Regno Unito, dove vengono arrestati nel 1986. Tanto gli Stati Uniti quanto la repubblica federale tedesca chiedono l'extradizione. Il governo britannico si rivolge alle autorità statunitensi per ottenere assicurazioni circa il fatto che, nel caso in cui venga comminata la pena capitale, questa non venga eseguita. Le assicurazioni ricevute convincono il governo britannico a concedere l'extradizione. Soering, nel frattempo, fa ricorso alla Corte di Strasburgo per violazione degli articoli 3, 6 e 16 della Convenzione. La Corte decide per la violazione dell'art. 3, ritenendo sussistente il rischio che il cittadino venga sottoposto a trattamenti inumani e degradanti nel caso in cui venisse condannato alla pena di morte. I giudici di Strasburgo non collegano la fattispecie convenzionale all'applicazione della pena di morte (in quanto questa è espressamente tollerata all'art. 2.1 della Convenzione), ma alle condizioni di permanenza nel braccio della morte, alle modalità con cui la pena verrebbe eventualmente inflitta, alla proporzionalità fra gravità del reato e trattamento inflitto, e alla possibilità residuale di estradare il ricorrente in Germania.

Diritti dell'Uomo, si dovette confrontare con la circostanza che il danno potesse concretamente essere inflitto al di fuori dei confini territoriali di efficacia della Convenzione, ma in conseguenza di una decisione di estradizione presa da uno Stato contraente. L'articolo 3 sancisce che "Nessuno può essere sottoposto a tortura né a pene o trattamenti inumani o degradanti". La Corte ha ritenuto che, sebbene lo Stato parte non si fosse reso materialmente responsabile della condotta vietata, potesse egualmente essere ritenuto responsabile in quanto anello di una catena causalmente orientata alla violazione: "in so far as a measure of extradition has consequences adversely affecting the enjoyment of a Convention right, it may, assuming that the consequences are not too remote, attract the obligations of a Contracting State under the relevant Convention guarantee"²⁴. La Corte ha ritenuto che, tenendo in considerazione le potenziali soluzioni che si prospettavano al governo britannico, vi fosse un accomodamento ragionevole fra la possibilità di concedere esso stesso protezione al ricorrente e quella di respingerlo verso un paese in cui sarebbe entrato nel braccio della morte: il governo poteva cioè prendere la strada intermedia dell'extradizione verso la Germania, paese natale, in cui Soering sarebbe stato comunque processato ma senza rischiare la condanna a morte. Questo ragionamento consente di pervenire a un meccanismo identificatore della responsabilità statale che è stato definito da Frédéric Sudre *protection par ricochet*, in quanto costituisce una protezione di riflesso dei diritti tutelati dalla Convenzione:

Le mecanisme de la "protection par ricochet" assure [aux étrangers] une protection contre une décision d'éloignement du territoire qui a pour résultat direct d'exposer l'individu à la torture ou à des traitements inhumains ou dégradants dans le pays de destination, faisant aussi produire à l'article 3 un effet dit extra-territorial²⁵

La protezione di riflesso costituisce un'estensione dell'ambito di applicazione della CEDU sia dal punto di vista territoriale che materiale. Circa il profilo dell'estensione territoriale, consente di rilevare quelle violazioni che si concretizzano non già sul territorio di uno Stato parte alla Convenzione ma su quello di uno Stato terzo, qualora tale situazione sia l'effetto di un'azione posta in essere da una delle parti contraenti. Nell'evoluzione della giurisprudenza a

²⁴ ECtHR, Soering, par. 85.

²⁵ F. Sudre, "L'économie général de l'article 3 CEDH", in C. A. Chassin (2006), a cura di, *La portée de l'article 3 de la Covention Européenne des droits de l'homme*, Bruxelles, Bruylant, p. 17.



questo riguardo, la responsabilità dello Stato parte sussiste fin tanto che una sua azione si inserisce nel nesso causale che porta alla violazione, anche se questo nesso dovesse tradursi in un ‘doppio riflesso’ o in un ‘*refoulement a catena*’²⁶. La protezione *par ricochet* impone dunque agli Stati parte della Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo di assicurarsi che tutti i paesi intermediari nel processo di respingimento a cascata offrano garanzie sufficienti di rispetto dei diritti convenzionali inderogabili.

Per quanto riguarda invece l’ambito di applicazione materiale, la protezione *par ricochet* consente di tutelare diritti non espressamente dichiarati nel testo, ancorché funzionali a un’effettiva protezione delle libertà convenzionali. Frédéric Sudre li chiama ‘diritti derivati’:

la technique prétorienne de la “protection par ricochet” permet d’étendre le champ d’application de la Convention à des situations non expressément visées par celle-ci et de contourner l’incompatibilité *ratione materiae* d’une requête avec l’instrument conventionnel. La ‘protection par ricochet’ vient combler les lacunes du texte en faisant émerger des droits que l’on peut qualifier de ‘dérivés’, non garantis comme tels par la Convention. Cette technique [...] a permis [...] de pallier les insuffisances les plus criantes de la Convention à l’égard de catégories de personnes particulièrement vulnérables, les étrangers et les détenus²⁷

I diritti derivati spettano a una categoria di beneficiari (quella delle ‘persone particolarmente vulnerabili’) più ampia dei soli rifugiati e richiedenti asilo, e sono suscettibili di essere tutelati tramite le disposizioni della Convenzione sebbene ivi non espressamente richiamati²⁸. In sostanza, sebbene la Convenzione non vieti misure di allontanamento degli stranieri (tranne nell’eccezionale circostanza delle espulsioni collettive²⁹), i giudici di Strasburgo hanno ricavato dal divieto di cui all’articolo 3 un diritto a non essere estradati laddove vi sia un rischio di violazione della norma in questione, diritto che si è progressivamente esteso a tutte le misure di allontanamento degli stranieri³⁰. Da ultimo, la

²⁶ Fra le pronunce rilevanti, vedi Comitato contro la Tortura, *Avedes Hamayak Korban v. Sweden*, Comunicazione n. 88/1997, 16 novembre 1998; ECtHR, *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, App. No. 27765/09, 23 febbraio 2012.

²⁷ Cfr. F. Sudre, “L’économie général de l’article 3 CEDH”, in C. A. Chassin (2006), cit.

²⁸ Il meccanismo dei diritti derivati, consacrato nel caso *Soering*, era già stato applicato dalla giurisprudenza di Strasburgo nel caso *X. c. Repubblica Federale Tedesca* (Rif. No. 6315/73, DR. 1, 1974), anche se nella circostanza la Commissione non ne fece derivare un principio di portata generale.

²⁹ Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo, Protocollo 4, art. 4.

³⁰ In *Cruz Varas e altri c. Svezia*, App. No. 15576/89, 20 marzo 1991, il provvedimento in questione consisteva nell’espulsione di una cittadina guineana verso il paese di origine, ma la Corte ha giudicato che il principio di

Corte ha adesso l'opportunità di chiarire se il principio si applichi, oltre alle misure di allontanamento, anche al rifiuto di concedere un visto per motivi umanitari, opposto dalle autorità europee a stranieri che si trovino ancora sul territorio di uno Stato terzo. Difatti, è pendente davanti alla Grande Camera il ricorso presentato da alcuni cittadini siriani emigrati in Libano contro lo Stato belga³¹, in ragione del fatto che l'*Office des étrangers* aveva rifiutato le richieste di visto che erano state presentate all'ambasciata belga a Beirut in base all'art. 25.1 a) del Codice Visti³², che consente agli Stati membri dell'Unione europea di rilasciare eccezionalmente visti con validità territoriale limitata quando essi lo ritengano necessario "per motivi umanitari o di interesse nazionale o in virtù di obblighi internazionali". A ben vedere, la norma in questione non pone nessun obbligo in capo agli Stati, configurando un potere meramente discrezionale, ma secondo i ricorrenti il rischio che essi, rimanendo in Libano, possano essere rimpatriati in Siria (in cui le attuali condizioni securitarie sicuramente pregiudicano il diritto di cui all'art. 3) ben si presta a far sorgere un obbligo sullo Stato che eserciti su di loro la propria giurisdizione di consentire l'accesso sul proprio territorio. La Corte dovrà confrontarsi con la questione se il rispetto della Convenzione imponga agli Stati un obbligo positivo di rilasciare un visto per consentire ai richiedenti asilo l'accesso in Europa attraverso canali legali non previsti dalla normativa vigente.

3.2. La riduzione del margine di apprezzamento

Preso atto che il giudice di Strasburgo fa discendere l'interdizione del *non-refoulement* particolarmente dall'applicazione *par ricochet* dell'articolo 3 della CEDU, la seconda operazione di estensione delle garanzie che la giurisprudenza di quest'ultima ha effettuato in riferimento a tale principio attiene al carattere assoluto della disposizione in questione, in quanto, ampliando gradualmente la portata del fondamento normativo, ha finito per comprimere in maniera sostanziale il tradizionale margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati in materia di ingresso e allontanamento degli stranieri dal proprio territorio. Si rende

protezione *par ricochet* si applicasse egualmente alle decisioni di espulsione, e, a fortiori, alle espulsioni effettive; in M.S.S. c. Belgio e Grecia, App. No. 30696/09, 21 gennaio 2011, si trattava di un respingimento in forza del Regolamento di Dublino verso lo Stato membro dell'Unione competente ad analizzare la domanda di asilo, ma la Corte ha valutato che l'effetto concreto fosse il medesimo.

³¹ ECtHR, M.N. et autres contre la Belgique, Ricorso No. 3599/18, introdotto il 10 gennaio 2018.

³² Regolamento (CE) n. 810/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 13 luglio 2009, che istituisce un codice comunitario dei visti.



necessario analizzare gli sviluppi di tale giurisprudenza.

Il principio di assolutezza era già stato formulato anni addietro nella sentenza emessa sul caso *Irlanda c. Regno Unito*, dove la Corte aveva statuito che la Convenzione proibisce la tortura in termini assoluti, senza riguardo alla condotta della vittima di tali trattamenti, e che nessuna deroga è ammissibile, nemmeno in situazioni di emergenza pubblica che minaccino la vita della nazione³³. Tuttavia l'affermazione più importante di tale principio si rinviene nella già citata sentenza *Soering*, in cui il divieto di tortura viene definito come uno dei valori fondamentali di una società democratica³⁴, la cui compressione sarebbe difficilmente compatibile con il patrimonio comune delle tradizioni politiche e con lo Stato di diritto³⁵.

La definitiva consacrazione del riconoscimento di uno ‘zoccolo duro’ di diritti fondamentali, insuscettibile di subire compressioni, avviene nel 2008, quando la Grande Camera della Corte Europea dei Diritti dell’Uomo si trova a decidere una vicenda dai contorni complessi nella quale il ricorrente, accusato in Tunisia di far parte di una cellula terrorista islamica, era stato condannato in contumacia da un tribunale militare alla pena di venti anni di reclusione. Il ricorrente all’epoca si trovava in Italia, dove il processo per terrorismo era ancora pendente in grado di appello. A seguito della condanna comminata dalla giurisdizione tunisina, le autorità italiane emanano un decreto di espulsione in forza del decreto legge n. 244 del 27 giugno 2005, contenente misure urgenti per combattere il terrorismo internazionale. Vistasi rigettata la domanda di asilo per motivi politici fondata sul timore di essere sottoposto a tortura in caso di consegna alla Tunisia, il ricorrente rivolgeva

³³ ECtHR, *Irlanda c. Regno Unito*, App. No. 5310/71, 18 gennaio 1978, par. 163.

³⁴ ECtHR, *Soering*, par. 88.

³⁵ Questa posizione si consolida successivamente nel caso *Chahal c. Regno Unito*, dove i ricorrenti erano sospettati di terrorismo internazionale, e il governo inglese si era opposto all’assolutezza del divieto di cui all’art. 3 sostenendo che il diritto di una persona ad essere protetta da un trattamento inumano e degradante all’estero doveva essere temperato rispetto al rischio in cui l’individuo aveva posto lo Stato che lo stava allontanando. La pronuncia della Corte è di importanza dirompente, in quanto riconosce gli sforzi che gli Stati si trovano costretti a sostenere per combattere il fenomeno terroristico ma afferma che, essendo l’art. 3 uno dei valori fondanti della società democratica, ciò non deve mettere in dubbio la natura assoluta di tale disposizione (Vedi par. 79: “Article 3 enshrines one of the most fundamental values of democratic society [...]. The Court is well aware of the immense difficulties faced by States in modern times in protecting their communities from terrorist violence. However, even in these circumstances, the Convention prohibits in absolute terms torture or inhuman or degrading treatment or punishment, irrespective of the victim's conduct”). Nella stessa direzione anche *Labita c. Italia*, par. 119, e *Selmouni c. Francia*, par. 95: “Article 3 enshrines one of the most fundamental values of democratic societies. Even in the most difficult circumstances, such as the fight against terrorism and organised crime, the Convention prohibits in absolute terms torture and inhuman or degrading treatment or punishment. Unlike most of the substantive clauses of the Convention and of Protocols Nos. 1 and 4, Article 3 makes no provision for exceptions and no derogation from it is permissible under Article 15 § 2 even in the event of a public emergency threatening the life of the nation” (testo identico).

alla Corte di Strasburgo istanza di sospensione dell'efficacia del decreto di espulsione, che venne accolta il 5 ottobre 2006 in attesa dell'emanazione della sentenza. La decisione, pronunciata il 28 febbraio 2008, assumeva un'importanza storica: la Corte, disattendendo le richieste formulate dal governo italiano e dalle parti intervenienti, pur riconoscendo che non esiste, a livello internazionale, l'obbligo di uno Stato di concedere il diritto di asilo, sosteneva che è irrilevante la gravità della condotta tenuta dallo straniero nel paese ospitante ove una sua espulsione rischierebbe di assoggettarlo a trattamenti contrari all'articolo 3, e che, data l'impossibilità di richiedere una prova rigorosa dell'effettiva lesione, fosse sufficiente a impedire l'allontanamento la prova di un rischio concreto di tali trattamenti, spettando allo Stato l'onere di provare che la violazione della Convenzione nello Stato di destinazione fosse altamente improbabile³⁶. Tale orientamento segnava una svolta dirompente nel contesto delle relazioni internazionali, nella misura in cui andava a scardinare un secolare principio di diritto consuetudinario in forza del quale qualsiasi Stato è libero di non concedere l'ingresso e il soggiorno ai cittadini di un altro Stato.

In ragione dell'ampio raggio d'azione dell'articolo 3, si può pacificamente osservare che il principio di *non-refoulement* così delineato costituisce uno degli strumenti più efficaci nell'affermazione dei diritti fondamentali degli stranieri esposti al rischio di essere trasferiti in un altro paese, in quanto supera i vuoti di tutela lasciati dall'articolo 33 della Convenzione di Ginevra sui rifugiati, che permetteva facili operazioni di aggiramento da parte delle autorità statali³⁷. Inoltre, trovandosi il fondamento giuridico del principio nel testo della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, ne viene che beneficiario del diritto è *la persona* in quanto tale, in un'ottica umanitaria che sfuma la differenza fra nazionale e straniero, fra cittadino e rifugiato (o richiedente asilo), che aveva un'influenza dirimente nell'applicabilità del *non-refoulement* ai sensi della Convenzione del 1951. L'obbligo di matrice giurisprudenziale che si impone agli Stati riguarda dunque qualsiasi soggetto si trovi sotto la loro giurisdizione, ed è al tempo stesso assoluto e cogente: assoluto in quanto destinato a prevalere nel bilanciamento con qualsiasi altra esigenza di carattere pubblico; cogente in quanto internazionalmente vincolante per tutti gli Stati parte alla Convenzione. Il carattere cogente del divieto di

³⁶ ECtHR, Saadi c. Italia, App. No. 37201/06, 28 febbraio 2008, par. 140.

³⁷ È convinzione ormai acquisita, anche nella giurisprudenza della CEDU, che “the protection afforded by Article 3 is wider than that provided by Article 33 of the United Nations 1951 Convention on the Status of Refugees” (vedi, fra i tanti richiami, Ahmed c. Austria, App. No. 25964/94, 17 dicembre 1996, par. 41).



refoulement è definito da Lenzerini mediante un ragionamento di tipo sillogistico:

Posto che il divieto di tortura costituisce un principio di *jus cogens* e che il *non-refoulement* rappresenta una delle fattispecie in cui si scompone il divieto di tortura, la conclusione logica è quella per cui anche il *non-refoulement* assurge al livello di norma cogente³⁸

Tutto ciò a scapito del principio di sovranità nazionale e del margine di apprezzamento sull'ingresso e il soggiorno degli stranieri nel proprio territorio di sovranità nazionale e del margine di apprezzamento sull'ingresso e il soggiorno degli stranieri nel proprio territorio.

3.3. Il concetto di 'giurisdizione funzionale'

Un'ultima operazione che merita di essere menzionata nel dibattito sul rafforzamento del principio di *non-refoulement* è quella relativa all'interpretazione del concetto di giurisdizione, essenziale nell'individuare la responsabilità della violazione della Convenzione Europea ai sensi dell'Articolo 1, in forza del quale "Le Alte Parti contraenti riconoscono a ogni persona sottoposta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà enunciati nel Titolo primo della presente Convenzione". Il disposto della norma non significa che gli Stati devono garantire i suddetti diritti e libertà a chi fisicamente si trova sul loro territorio, ma che un'eventuale violazione di tali diritti comporta responsabilità internazionale in capo allo Stato a cui tale azione è attribuibile³⁹. Dunque, la concezione di 'giurisdizione', tradizionalmente legata a quella di 'frontiera' per indicare primariamente l'affermazione della sovranità di uno Stato nei confronti degli altri Stati, se calata nel contesto del rispetto dei diritti umani assume una connotazione che non è più territoriale, e che da parte della dottrina è stata definita 'funzionale'⁴⁰. Se ogni entità statale è tenuta ad assicurare il rispetto dei diritti umani ai quali si è vincolata, la giurisdizione non indica più l'affermazione di un potere ma l'assunzione di

³⁸ F. Lenzerini, (2012) "Il principio del non-refoulement dopo la sentenza Hirsi della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo", in *Rivista di Diritto Internazionale*, 95(3), p. 732.

³⁹ Per capire quali atti possono essere attribuiti a uno Stato secondo il Diritto Internazionale, può essere utile riferirsi al testo dei *Draft Articles of Responsibility of States for internationally wrongful acts*, un progetto in articoli elaborato dalla Commissione di Diritto Internazionale nell'ambito del report sui lavori della sua cinquantatreesima sessione, del novembre 2001, reperibile in <https://www.refworld.org>. È considerato fonte di diritto internazionale, seppur non cogente.

⁴⁰ Cfr. T. Gammeltoft-Hansen (2011) *Access to Asylum: International Refugee Law and the Globalisation of Migration Control*, Cambridge, University Press; e, per quanto riguarda l'applicazione del concetto al diritto del mare, M. Gavouneli (2007) *Functional Jurisdiction in the Law of The Sea*, Leiden-Boston, MartinusNijhoff.



una responsabilità.

Tale approccio è stato più volte seguito dalla Corte Europea dei Diritti dell'Uomo. Nel caso *Isaak*, rigettando l'argomento del governo convenuto secondo cui lo Stato turco non aveva giurisdizione all'interno della zona cuscinetto, la Corte statò che "even if the acts complained of took place in the neutral UN buffer zone, the Court considers that the deceased was under the authority and/or effective control of the respondent State through its agents"⁴¹, ricollegandovi, per il tramite del citato articolo 1, la responsabilità internazionale della violazione. Così, nel caso *Xhavara*, una nave della marina militare italiana, nel tentativo di fermare e ispezionare un'imbarcazione albanese sospettata di portare a bordo migranti irregolari, provocò un incidente nel quale morirono più di ottanta persone. Nella circostanza la nave italiana stava agendo in forza di un accordo bilaterale con l'Albania e l'incidente si era verificato in acque internazionali. Nonostante il ricorso fu considerato inammissibile *ratione temporae*, la Corte ritenne che l'Italia avesse agito nell'esercizio della propria giurisdizione e sollecitò le autorità nazionali ad aprire un'inchiesta su quelle morti⁴². Lo stesso approccio si riscontra anche in *Soering*, dal momento che la Corte non tenne conto del fatto che il Regno Unito non si rendesse materialmente autore del trattamento contrario all'articolo 3, ma ritenne che tale atto potesse essere ricondotto alla giurisdizione dello Stato britannico in quanto quest'ultimo lo avesse facilitato e, in ultima istanza, consentito.

Questo approccio, che sembra trovare il proprio fondamento giuridico nel principio di diritto internazionale secondo cui a un potere corrispondono sempre degli obblighi giuridici⁴³, è stato definitivamente consacrato dall'UNHCR nel 2007. Seppur privo di efficacia vincolante, il Parere espresso intende spiegare il presupposto applicativo degli obblighi umanitari degli Stati nei confronti dell'individuo, presupposto delle decisioni che hanno caratterizzato il *Case Law* della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo in materia:

Nel determinare se gli obblighi di uno Stato sui diritti umani sussistono nei confronti di una determinata persona, il criterio decisivo non è se quella persona si trovi sul territorio nazionale di quello Stato, o all'interno di un

⁴¹ ECtHR, *Isaak e altri c. Turchia (adm)*, App. No. 44587/98, 28 settembre 2006.

⁴² ECtHR, *Xhavara and others v. Italy and Albania (adm)*, App. No. 39473/98, 11 gennaio 2001.

⁴³ Il concetto è espresso anche da D. Cassel: "Where a State can kill a person outside its territory, it exercises sufficient control over that person to be held accountable for violating his right to life" (D. Cassel, "Extraterritorial Application of inter-American human rights instruments", in F. Coomans, M.T. Kamminga (2004), a cura di, *Extraterritorial Application of Human Rights Treaties*, Antwerp-Oxford, Intersentia, p. 177).



territorio che sia *de jure* sotto il controllo sovrano dello Stato, quanto piuttosto se egli o ella sia o meno soggetto all'effettiva autorità di quello Stato⁴⁴

Preso atto, dunque, che un'applicazione meramente territoriale degli obblighi connessi alla giurisdizione è insostenibile, si potrebbe ragionevolmente concludere che il divieto di *refoulement* si applichi non appena il rifugiato entri in contatto con lo Stato, e dunque anche nella zona di frontiera e fuori dalla sovranità nazionale. D'altra parte, una diversa conclusione darebbe luogo all'esito paradossale che, ove un rifugiato riuscisse a varcare illegalmente le frontiere di uno Stato, potrebbe godere di una protezione maggiore rispetto a chi non si è avvalso di mezzi illeciti. Tutto questo però è valido in linea di principio, ma un principio inattaccabile sulla carta può diventare fragilissimo se trasposto nella realtà fattuale. Il problema connaturato nel principio di *non-refoulement* è che una sua concreta violazione può essere riscontrata solo a posteriori: nel momento in cui un rifugiato viene rinvio altrove, chi può dire con certezza che egli non subirà, nel paese di rinvio, una delle minacce menzionate all'articolo 33 della Convenzione di Ginevra o uno di trattamenti vietati dall'Articolo 3 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo? Quanto può funzionare il test della valutazione del rischio effettuato dalle Corti Internazionali e, soprattutto, cosa succede una volta che il timore prospettato effettivamente si concretizzi? Poniamo che un rifugiato venga respinto prima ancora di aver varcato i confini nazionali, ad esempio nell'ambito di un'operazione di intercettazione in alto mare o nel momento in cui si appresta a salire clandestinamente su una nave. In questo caso lo Stato verso cui il rifugiato era diretto non saprà mai della sua esistenza, né avrà elementi per identificarlo, né qualcuno potrà testimoniare che egli abbia eventualmente fatto richiesta di asilo alle autorità che lo hanno respinto: questi sparirà nel nulla, e non vi sarà alcuna possibilità che un eventuale *refoulement* venga rilevato a posteriori.

In altre parole, preso atto che il principio vincola gli Stati ogni qual volta questi entrino in contatto con il rifugiato a prescindere dall'area territoriale di intervento, è altresì estremamente probabile che un'eventuale violazione posta in essere extraterritorialmente non venga rilevata, ed è per questo motivo che tutta l'evoluzione della giurisprudenza di

⁴⁴ UNHCR, *Advisory Opinion on the Extraterritorial Application of Non-Refoulement Obligations under the 1951 Convention relating to the Status of Refugees and its 1967 Protocol*, del 26 gennaio 2007, accessibile all'indirizzo <https://www.refworld.org>, par. 35.

Strasburgo in materia non ha disincentivato gli Stati dall'elaborare meccanismi per esternalizzare o delegare il *Migration Control* al fine di sottrarsi ai propri obblighi di protezione. Nell'ultima parte di questo lavoro si cercherà di fare una classificazione di tali meccanismi, per mostrare come l'ultima frontiera dell'esternalizzazione sia effettivamente costituita da quelle politiche che presuppongono l'esistenza di 'paesi terzi sicuri' a cui poter delegare formalmente i propri obblighi di protezione.

4. Pratiche di esternalizzazione del *Migration Control*

A cavallo del nuovo millennio, si poteva ancora presumere che il controllo dell'immigrazione fosse una naturale espressione della sovranità nazionale, e che vi fosse pertanto una certa qual discrezionalità nell'impedire gli ingressi qualora questi non fossero più graditi. In seguito all'elaborazione del *non-refoulement* in termini assoluti, si riscontra che questa sovranità si è ridotta, e che l'Europa deve fare i conti con obblighi di protezione sempre più cogenti. Pertanto, mentre le alte istituzioni si impegnano a negoziare il *Migration Control* con i paesi terzi, sono diversi i percorsi collaterali intrapresi per far rientrare i respingimenti dei migranti all'interno di operazioni extraterritoriali di ordinaria amministrazione. Si darà conto qui di quattro di questi espedienti: dislocamento delle strutture preposte alla protezione dei migranti, privatizzazione dei controlli, intercettazioni in alto mare, e presunzione di esistenza dei 'paesi sicuri'.

4.1. Il dislocamento delle strutture preposte alla protezione dei migranti

Nel comunicato stampa congiunto dei ministri dell'Interno di Italia e Germania del 13 agosto 2004 si legge che

I Ministri convengono sulla necessità di elaborare una procedura che definisca il trattamento delle persone raccolte sul mare, che non possono essere rimpatriate nel paese di provenienza perché si appellano alla Convenzione di Ginevra relativa allo status dei rifugiati. Per questa categoria di persone, secondo l'opinione dei Ministri, si pensa alla creazione di strutture europee, che accolgano ed esaminino le richieste di asilo fuori dal nostro continente

Il documento costituisce l'apripista di una serie di proposte formulate agli inizi degli anni 2000 che evidenziano una comune volontà di spostare il centro canalizzatore delle procedure di asilo fuori dal territorio dell'Unione, e sempre più vicino ai paesi di origine. Una simile presa di posizione è rinvenibile anche in un *Working Paper* dell'UNHCR del 2003⁴⁵ e in una proposta della Commissione europea del 2004⁴⁶. Le proposte fanno per lo più riferimento a non meglio definite Aree di Protezione, più o meno accessibili ai richiedenti asilo, collocate o nelle zone di provenienza o in Stati terzi, con il beneplacito di questi alla costruzione di apposite strutture finanziate dall'Unione europea. Le Aree di Protezione all'interno di paesi terzi costituiscono un'emanazione extraterritoriale del potere-dovere degli Stati membri di ricevere ed esaminare una domanda di protezione internazionale: solo una volta che questa abbia dato esito positivo lo straniero può essere fatto entrare in Europa.

La principale criticità che emerge da un siffatto modello riguarda la carenza di garanzie spettanti al migrante che attende di essere riconosciuto come rifugiato. Le suddette garanzie si trovano non solo nella Convenzione del 1951 ma anche, e soprattutto, nelle Direttive europee e nelle Carte sui diritti umani. Nel momento in cui l'accoglienza è gestita da uno Stato terzo non legato ai vincoli europei, questo non è tenuto a rispettare gli obblighi della Direttiva Accoglienza né evidentemente della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo: la possibilità di effettuare una procedura di valutazione extraterritoriale della domanda di asilo non equivale a un'esportazione del regime di asilo nello Stato terzo. Pertanto gli organi che si fanno carico delle procedure di valutazione negli Stati terzi saranno tenuti semplicemente a garantire il rispetto dei diritti ivi applicabili. Fra questi vi è sicuramente la tutela dal *refoulement*, ma questa non implica, altresì, l'accesso all'assistenza medica, all'educazione, alle condizioni di accoglienza⁴⁷. In sostanza, si tratta di uno standard di sicurezza alternativo a quello vigente all'interno dell'Unione e i cui contorni sfuggenti ben si prestano a nascondere la lesione di diritti acquisiti nel sistema europeo dell'asilo.

L'ultima frontiera di questo primo modello di delocalizzazione (modello che tuttavia, è bene precisarlo, non esiste ancora sulla carta) è costituita dall'ipotesi di allestire degli *hotspot* fuori dall'Unione europea. Quando il presidente francese Macron parlò, nel luglio

⁴⁵ UN High Commissioner for Refugees (2003) *Working Paper on "UNHCR's Three-Pronged Proposal"*, 26 giugno 2003, accessibile all'indirizzo <https://www.refworld.org/docid/3efc4b834.html>.

⁴⁶ COM (2004) 410 final, 4 June 2004; e COM (2005) 388 final, 1 settembre 2005.

⁴⁷ K. De Vries (2007) "An Assessment of 'Protection in Regions of Origin' in relation to European Asylum Law", in *European Journal of Migration and Law*, 9, p. 92.



2017, della creazione di *hotspot* in territorio libico non ottenne il supporto sperato da parte delle istituzioni europee e, soprattutto, del governo italiano, e fu costretto a fare marcia indietro. Tuttavia la proposta riemerse sul tavolo delle trattative, proprio da parte dell'Italia, nel vertice europeo del 28 e 29 giugno 2018, e raccolse il favore di diverse cancellerie. Il progetto intendeva stabilire delle strutture europee nei paesi di origine e transito (che si chiamino *hotspots*, o centri di assistenza, o centri controllati l'importante è che siano di gestione del personale dell'Unione europea), al fine di garantire una corresponsabilità di tutti gli Stati membri nel processo di valutazione delle domande di protezione e compiere tutte le verifiche prima che i migranti arrivino sul suolo europeo, ed è stato letto da molti come la ricetta per sostituire il deficitario sistema di Dublino. Il problema è che corollario di questo modello dovrebbe essere il *resettlement* all'interno degli Stati membri dei rifugiati riconosciuti, meccanismo che però non ha mai funzionato, e mai funzionerà se continua a non prevedere (come pare essere la linea anche della nuova proposta di regolamento in questo momento in discussione in Consiglio Europeo⁴⁸) un piano di reinsediamento obbligatorio all'interno degli Stati, in quanto nessuno è tenuto ad accogliere un migrante a cui venga eventualmente accordata la protezione extraterritorialmente, e nessuno è portato a farlo se non vi è obbligato. Che cosa accada al rifugiato riconosciuto ma non reinsediato non ci è possibile saperlo fino a quando le ipotesi astratte di certi governi non si traducano in proposte normative concrete⁴⁹.

La giustificazione addotta a fondamento di questa prima categoria di proposte risiede nella loro potenzialità di contrastare il traffico di esseri umani e l'immigrazione illegale, predisponendo canali di accesso legali all'Europa che dovrebbero contribuire alla chiusura di

⁴⁸ Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio che istituisce un quadro dell'Unione per il reinsediamento e modifica il regolamento (UE) n. 516/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio (Procedura 2016/0225/COD).

⁴⁹ Un esempio di questo scenario si concretizza nell'approccio australiano della *Pacific Solution*, in forza della quale i migranti che presentano domanda di protezione internazionale in Australia vengono trasferiti in *Regional Processing Centres* collocati sulle isole vicine, nei quali vengono trattenuti in condizione di detenzione durante l'espletamento della procedura di valutazione della domanda, che si svolgerà secondo la normativa vigente nell'ordinamento dello Stato ospitante, e, qualora riconosciuti come rifugiati, ammessi al programma di reinsediamento in Australia. Tuttavia, il governo australiano ha insistentemente ribadito di non essere vincolato a dare attuazione al reinsediamento, in quanto graverebbe su tali richiedenti un 'principio di svantaggio' derivante dal fatto di trovarsi sotto una giurisdizione straniera. Di conseguenza, i richiedenti asilo che si vedono concesso lo status di rifugiato nei *Regional Processing Centres*, seppur formalmente ammessi al piano di *resettlement*, si trovano in pratica in una sorta di succursale dello Stato di rifugio per diversi anni, senza alcuna reale garanzia di essere reinsediati (Phillips J., Spinks H., (2011) *Boat arrivals in Australia since 1976*, disponibile all'indirizzo <https://parlinfo.aph.gov.au>, p. 18).



quelli irregolari. Tuttavia, se non corroborati da un effettivo sistema di re insediamento e da un adeguato standard di sicurezza nelle aree di protezione quali che siano, difficilmente tali canali costituiranno un deterrente all'accesso illegale, in quanto i rigidi criteri di ammissibilità delle domande extraterritoriali e la distanza dal paese europeo di asilo (che determina il c.d. *out of sight out of mind effect*⁵⁰) non danno alcuna certezza al rifugiato e non riescono a costituire un'alternativa credibile all'accesso illegale, che continuerà a rappresentare l'unica via percorribile per raggiungere il prima possibile un luogo di sicurezza. Dunque, l'unico risultato concreto è da rinvenirsi nel trasferimento a terzi della responsabilità giuridica, la quale, pur residuando in capo ai governi europei in ragione dell'effettivo controllo esercitato dallo Stato sulla persona o sul territorio, risulterà ciononostante molto più difficile da individuare, a causa delle minori garanzie di accesso alla giustizia e dell'elevato numero di attori coinvolti nel meccanismo decisionale.

4.2. La privatizzazione dei controlli

Un fenomeno enormemente in crescita è il coinvolgimento nelle pratiche di *Migration Control* di agenzie private o funzionari non-statali, che si trovano a operare in una zona grigia fra l'attività d'impresa e le funzioni statali. Gammeltoft Hansen compie una magistrale ricostruzione di questo fenomeno⁵¹, in cui, sebbene gli attori privilegiati siano le compagnie aeree o altre compagnie di trasporto (tenuti a un'accurata analisi circa la regolarità dei documenti dei passeggeri), stanno progressivamente entrando molti altri soggetti, come gestori privati di centri di detenzione, agenzie preposte al rilascio di visti di viaggio, o enti esercenti controlli di sicurezza alle frontiere per conto degli Stati⁵². In tutti questi casi il rifugiato che aspira a raggiungere l'Europa si trova a confrontarsi con delle entità che svolgono sì funzioni statali, ma non hanno lo stesso ruolo dello Stato in quanto non sono soggetti di diritto internazionale.

⁵⁰ L'espressione è stata metaforicamente coniata in dottrina: T. Gammeltoft-Hansen (2011), cit.; S. Carrera, E. Guild (2017) *Offshore processing of asylum applications: Out of sight, out of mind?*, CEPS Commentary, 27 gennaio 2017, per indicare la situazione in cui l'esternalizzazione del controllo migratorio contribuisce ad aggirare il pubblico scrutinio su pratiche non perfettamente compatibili con gli obblighi giuridici internazionali in ordine alla garanzia dei diritti umani.

⁵¹ T. Gammeltoft Hansen (2011). cit., cap. V.

⁵² L'esempio più emblematico di quest'ultimo tipo di privatizzazione attiene alla muraglia che da tempo separa gli Stati Uniti dal Messico, la cui sorveglianza è stata per diversi anni affidata a corpi di polizia non ingaggiati dallo Stato ma autoformatisi, che si dubita rispettino la normativa vigente in materia di diritti umani.



A ben vedere, il diritto internazionale dei rifugiati non contempla che i richiedenti asilo abbiano a che fare con soggetti altri rispetto agli ufficiali statali, e nessun principio sulla responsabilità internazionale si applica a tali soggetti, i quali vengono pertanto a costituire un interlocutore privilegiato per gli Stati che intendono aggirare gli obblighi connessi al *Migration Control*. Questa relazione funziona grazie a una rete complessa di rapporti che intercorrono fra attori statali e attori non-statali. La situazione è ibrida e difficilmente classificabile, quindi uno sforzo di astrazione è doveroso per renderne approssimativamente l'idea. Si possono configurare due tipi di relazioni: uno di conflitto e uno di cooperazione. Sul primo versante, lo strumento più efficace a disposizione degli Stati per condizionare le azioni dei privati nella direzione dell'irrigidimento degli accessi sono le c.d. *carrier sanctions*, ammende che vengono inflitte alle società di trasporto che consentono il viaggio a stranieri irregolari, legittimando, in ultima analisi, l'attivazione, da parte di queste compagnie, di controlli privati sui passeggeri che il più delle volte prescindono dall'accertamento delle esigenze di protezione dei migranti. In sostanza, l'attività di controllo e respingimento dei migranti irregolari, in questo scenario, è delegata indirettamente alla parte privata, mediante la minaccia della sanzione. Una pratica, questa, che consente di aggirare il disposto dell'articolo 31 (1) della Convenzione di Ginevra sui rifugiati, che vieta l'imposizione di sanzioni contro rifugiati che giungono da situazioni di pericolo ma non contro chi consente agli stessi rifugiati di entrare.

Sul secondo versante, invece, vi sono una serie di situazioni in cui i soggetti statali materialmente forniscono il supporto tecnico, finanziario e logistico agli agenti privati per eseguire quelle operazioni che, se svolgessero loro stessi, rischierebbero di esporli a responsabilità internazionale. Così nel 2006 la società americana Boeing si aggiudicò una gara di appalti per sottoscrivere il contratto SBInet, in forza del quale ricevette dal governo statunitense due miliardi e mezzo di dollari per installare un avanzatissimo sistema di sorveglianza tecnologica lungo i 2300 chilometri di frontiera che separavano l'Arizona dal Messico per intercettare i migranti irregolari. Ancora maggiore è il coinvolgimento previsto dall'*Immigration Act* inglese del 1987, che consente agli *Immigration Officers* di gestire il training dei membri dello staff delle compagnie aeree al fine di delegare loro quelle attività di *Migration Control* che potrebbero compiere essi stessi.

Dunque, anche nel caso delle privatizzazioni, i vantaggi dichiarati in termini di costi-



benefici nascondono il vantaggio ben più rilevante di evitare allo Stato di destinazione di accollarsi le responsabilità di protezione che sorgono quando esso si trova *vis-à-vis* col rifugiato, e di scongiurare conflitti di sovranità con lo Stato che esercita la giurisdizione territoriale. Non è chiaro se dagli atti compiuti dai soggetti privati o funzionari non-statali possa derivare una qualche forma di responsabilità internazionale in capo agli Stati, ma un preciso indicatore della tendenza a considerare siffatti comportamenti imputabili allo Stato che li delega è contenuto nel Progetto di Articoli sulla Responsabilità Internazionale degli Stati:

Il comportamento di una persona o di un gruppo di persone sarà considerato un atto di uno Stato ai sensi del diritto internazionale se la persona o il gruppo di persone di fatto agiscono su istruzione, o sotto la direzione o il controllo di quello Stato nel porre in essere quel comportamento⁵³

A questo riguardo, Gammeltoft Hansen conduce una lunga riflessione su come, secondo il diritto internazionale umanitario, esista in capo agli Stati un dovere di diligenza e buona condotta nel prevenire le violazioni dei diritti umani o rimediare alle violazioni degli altri⁵⁴. Si tratterebbe di una situazione in cui gli Stati sono chiamati in causa non direttamente da azioni illecite ad essi imputabili, ma indirettamente da fatti altrui che fanno sorgere un obbligo positivo di agire. Dunque il *refoulement* si configurerebbe essenzialmente come la violazione di un obbligo di diligenza nella prevenzione di atti che ledono i diritti umani, e pertanto, in ultima analisi, come un comportamento omissivo, consistente nel *non prendere* misure idonee ad impedire che un soggetto terzo respinga un rifugiato verso la situazione di pericolo. Ora, assunto che il *refoulement* può sostanziarsi in una condotta omissiva, il problema principale rimane quello della sua rilevabilità, poiché è a dir poco arduo stabilire un nesso di causalità fra questi tre elementi: un non fare da parte dello Stato; un atto di un soggetto terzo che si traduca in un respingimento di fatto; un danno imminente che renda illegittimo tale respingimento.

Tutto quanto detto fin qui porta a concludere che, sebbene vi siano i presupposti giuridici per condannare il *refoulement* anche realizzato mediante la privatizzazione del *Migration Control*, fin tanto che i soggetti privati non avranno una responsabilità di diritto

⁵³ Cfr. *Draft Articles of Responsibility of States for internationally wrongful acts*, cit. n. 36, art. 8.

⁵⁴ T. Gammeltoft Hansen (2011). cit., pp. 195-204.

internazionale tale condotta sarà estremamente difficile da rilevare, soprattutto se tenuta extraterritorialmente. Dunque anche in questo caso gli Stati pressati dai vincoli sovranazionali riguardanti la protezione internazionale potranno fare un certo affidamento sull'efficacia dell'*out of sight out of mind effect*.

4.3. Le intercettazioni in alto mare

Il diritto del mare è terreno fertile per intraprendere operazioni di respingimento *out of sight*, dal momento che nessuna regolamentazione riguardante le intercettazioni marittime riserva disposizioni specifiche al trattamento dei richiedenti asilo. Il punto di riferimento normativo in materia è la Convenzione delle Nazioni Unite sul Diritto del Mare, firmata nel 1982 a Montego Bay, che estende la giurisdizione di uno Stato alla zona del suo mare territoriale (art. 2), ma ne limita la sovranità nel rispetto di determinati diritti (ad es. artt. 17, 110). Se non sembrano sorgere dubbi riguardo al fatto che, costituendo il mare territoriale un'estensione del suolo statale, in questa lo Stato è vincolato a tutti i principi del diritto internazionale compreso quello del *non-refoulement*⁵⁵, questione ben più complicata è capire se e in che misura tali principi sono applicabili anche in acque internazionali. È in questo quadro di incertezza che si inseriscono quegli interventi che, sotto l'ombrello del regime del *Search and Rescue*, possono nascondere operazioni di *refoulement*.

L'obbligo di portare soccorso in mare era già contemplato dall'articolo 98.1 della Convenzione di Montego Bay nei termini seguenti:

1. Ogni Stato deve esigere che il comandante di una nave che batte la sua bandiera, nella misura in cui gli sia possibile adempiere senza mettere a repentaglio la nave, l'equipaggio o i passeggeri:
 - a) presti soccorso a chiunque sia trovato in mare in condizioni di pericolo;
 - b) proceda quanto più velocemente è possibile al soccorso delle persone in pericolo, se viene a conoscenza del loro bisogno di aiuto, nella misura in cui ci si può ragionevolmente aspettare da lui tale iniziativa;
 - c) presti soccorso, in caso di abbordo, all'altra nave, al suo equipaggio e ai suoi passeggeri e, quando è possibile, comunichi all'altra nave il nome della propria e il porto presso cui essa è immatricolata, e qual è il porto più vicino presso cui farà scalo.
2. Ogni Stato costiero promuove la costituzione e il funzionamento permanente di un

⁵⁵ Un indicatore utile in tal senso è anche l'art. 3 del Codice Frontiere Schengen, il quale, specificando che il Regolamento si applica sia alle frontiere interne sia alle frontiere esterne, implica che il rinvio operato all'interno delle acque territoriali dovrebbe essere considerato, a tutti gli effetti, un respingimento.

servizio adeguato ed efficace di ricerca e soccorso per tutelare la sicurezza marittima e aerea e, quando le circostanze lo richiedono, collabora a questo fine con gli Stati adiacenti tramite accordi regionali.

La norma in questione stabilisce un'importante eccezione al principio della territorialità, in quanto pone degli obblighi giuridici sia in capo allo Stato costiero, sia in capo allo Stato di bandiera della nave che fornisce assistenza, ovunque essa si trovi: al primo impone di garantire un servizio adeguato ed efficace di ricerca e soccorso e assicurare il coordinamento delle operazioni, e al secondo di esigere dal comandante della nave di procedere al soccorso. L'UNHCR ha riconosciuto la natura consuetudinaria di tale obbligo in una serie di *papers* pubblicati alla fine degli anni Settanta nell'ambito della crisi indocinese, ma molti Stati continuavano a riconoscerne solo il valore pattizio (vincolante, quindi, per i soli Stati parte alla Convenzione), e in seguito a episodi di mancato soccorso in mare si poneva il problema di accertare chi avesse la responsabilità di compiere salvataggi e quali conseguenze ne derivassero; inoltre, dalla disposizione convenzionale, non si capisce chi abbia la responsabilità di cui al n. 2 nel caso in cui l'operazione di soccorso si compia in acque internazionali. Per fare chiarezza, venne adottata ad Amburgo il 27 aprile 1979 la Convenzione sulla ricerca e il salvataggio in mare (Convenzione SAR – *Search and Rescue*), poi emendata nel 2004. Nell'occasione, il *Maritime Safety Committee* suddivise le acque internazionali del globo in tredici zone S.A.R., all'interno delle quali veniva lasciato agli Stati costieri adiacenti il potere di negoziare le proprie responsabilità di coordinamento suddividendo ulteriormente le zone in singole regioni acquatiche, ognuna delle quali ricadesse sotto la competenza di un unico Stato.

Il 20 maggio del 2004, il *Maritime Safety Committee* adottò una Risoluzione contenente 'Linee Guida sul trattamento delle persone soccorse in mare' per fornire ai Governi degli Stati Costieri e ai Comandanti delle navi informazioni utili a gestire in modo efficace i propri obblighi giuridici. Le Linee Guida dicono chiaramente che le operazioni di soccorso non si concludono quando i passeggeri vengono fatti salire a bordo della nave ma quando questi siano condotti in un 'porto sicuro', e che "The responsibility to provide a place of safety, or to ensure that a place of safety is provided, falls on the Government responsible

for the SAR region in which the survivors were recovered”⁵⁶. In sostanza, la Risoluzione rimette allo Stato competente sulla regione acquatica in cui viene compiuta l’operazione una responsabilità primaria nel garantire lo sbarco alle persone soccorse. Pertanto, sebbene esso abbia apportato un contributo importante nel definire il regime del *search and rescue*, si è prestato altresì a fornire un eccellente pretesto giuridico per trasferire le responsabilità di protezione dei migranti e richiedenti asilo sugli Stati competenti sulla regione acquatica. Difatti, i comandanti delle navi, portandosi a compiere operazioni di salvataggio in acque internazionali hanno potuto invocare l’applicabilità della Convenzione SAR per traghettare i migranti intercettati verso le coste dello Stato competente a fornire un ‘porto sicuro’, eludendo così i propri obblighi di protezione.

Ora, né la Convenzione di Montego Bay, né la Convenzione SAR, né le Linee Guida del *Maritime Safety Committee* contengono una disposizione che faccia presumere che il regime del *search and rescue* si sostituisca automaticamente alle responsabilità connesse alla giurisdizione statale (che abbiamo assunto sussistere ogni qual volta uno Stato eserciti un’autorità e un controllo su una persona, anche tramite una nave battente sua bandiera), pertanto anche uno Stato che compie un’operazione di salvataggio dovrebbe assicurarsi che lo sbarco dei migranti nel ‘porto sicuro’ designato dalla Convenzione non comporti un rischio di *refoulement*⁵⁷. Tuttavia, la volontaria confusione che spesso è stata fatta tra pratiche di *Migration Control* e di *Search and Rescue* ha consentito in molte occasioni al governo maltese e a quello italiano di spingersi a compiere intercettazioni marittime nella regione acquatica di competenza del governo libico e invocare il regime della Convenzione SAR per riportare i migranti intercettati verso la Libia, evitando così di farsene carico⁵⁸. Una bizzarra inversione dell’ordine giuridico, questa, che vede i governi europei impegnati a portare

⁵⁶ Maritime Safety Committee (2004) *Guidelines on the Treatment of Persons rescued at Sea*, MSC.167(78), 20 maggio 2004, par. 2.5.

⁵⁷ Come rileva S. Trevisanut, “Lo Stato costiero e lo Stato interveniente devono rispettare il principio di non respingimento dei richiedenti asilo e rifugiati nell’adempimento del loro obbligo di salvaguardia della vita in mare; principio che non si applica solamente in considerazione dell’autorizzazione di accesso nel mare territoriale o nel porto, ma anche nella scelta del luogo in cui le operazioni di soccorso possono essere considerate terminate”. Cfr. S. Trevisanut, “Diritto di asilo e contrasto dell’immigrazione irregolare via mare”, in C. Favilli (2011), a cura di, *Procedure e garanzie del diritto d’asilo*, Milano, Cedam, p. 263.

⁵⁸ Le stesse operazioni marittime coordinate da Frontex, che è un’agenzia statutariamente preposta al *Migration Control*, si sono talvolta convertite in operazioni di *Search and Rescue*, sottraendosi così, almeno in via di prassi, all’ambito di applicazione del diritto comunitario. Vedi sul punto F. Vassallo Paleologo, “Controlli alle frontiere marittime e diritti fondamentali dei migranti”, in S. Gambino, G. D’Ignazio (2010), a cura di, *Immigrazione e diritti fondamentali*, Milano, Giuffrè, p. 33.



soccorso ai migranti sempre più a largo, proprio per non soccorrerli, cioè per impedire loro di mettere piede in quelle terre in cui si sentirebbero, finalmente, al sicuro, ossia le terre del continente europeo, quell'Europa dei diritti che viola basilari diritti umani internazionalmente riconosciuti, come quello 'di lasciare qualsiasi paese', sancito dall'art. 13.2 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo.

4.4. La politica dei 'paesi sicuri'

L'ultimo meccanismo di esternalizzazione si riferisce alla pratica, implementata da alcuni Stati europei, di rinviare un rifugiato verso un altro paese senza analizzare la sua situazione individuale e il suo bisogno di protezione. Questa pratica non costituisce, come le precedenti, un'esternalizzazione *de facto*, poiché non vi è uno spostamento delle frontiere al di fuori del perimetro della sovranità nazionale, ma ben si presta a costituire un'esternalizzazione *de jure*, in quanto le funzioni che spetterebbero alle autorità statali che stabiliscono il primo contatto con il rifugiato vengono trasferite a un'entità che agisce extraterritorialmente, cioè lo Stato terzo. In altre parole, il rifugiato rinvio si trova a tutti gli effetti sotto la giurisdizione dello Stato di prima destinazione, il quale manterrà nei suoi confronti tutti gli obblighi in materia di diritti fondamentali a cui è vincolato dai trattati e dalle Convenzioni di cui è parte, fra cui l'obbligo di *non-refoulement*. Quest'ultimo, in quanto non coincide con il diritto di asilo, nulla impone agli Stati in termini di soluzioni durevoli di accoglienza, ma allo stesso tempo costituisce un pesante vincolo sulla possibilità di allontanamento dello straniero, la quale non potrebbe prescindere da un'attenta valutazione della condizione individuale della persona e dalla situazione del paese di rinvio, a meno che non vi sia un'aprioristica considerazione che un determinato paese sia sicuro per tutti i richiedenti asilo o per un'intera categoria di essi.

Come già ricordato, la prima normativa che contempla una siffatta presunzione a livello europeo è il regolamento Dublino II, il cui Considerando n. 2 sancisce che "gli Stati membri, tutti rispettosi del principio di non respingimento, sono considerati Stati sicuri per i cittadini di paesi terzi". In questo caso la presunzione si configura come passaggio strumentale a un'efficace attuazione del meccanismo previsto dal Regolamento, consentendo agli Stati membri di rinviare il richiedente asilo verso lo Stato competente a farsi carico della sua domanda senza previamente indagare se un tale respingimento possa esporre lo Stato



rinvianti a un rischio di violazione del principio di *non-refoulement*. L'efficacia di questa presunzione è già stata ridimensionata dalla pronuncia della Corte Europea dei Diritti dell'Uomo nel caso *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, nella quale viene rilevata la responsabilità del Belgio ex art. 3 nel fatto di aver basato la decisione di deportare il ricorrente verso la Grecia “solely on the basis of the presumption - by virtue of the tacit acceptance provided for in the Dublin Regulation - that the Greek authorities would honour their obligations”⁵⁹, senza aver effettuato alcun accertamento sulle condizioni effettive dei richiedenti asilo in Grecia. Gli effetti di tale sentenza rischiavano di essere dirompenti nell'ambito del sistema europeo dell'asilo, in quanto andavano ad intaccare una presunzione fondamentale al suo funzionamento: per la prima volta veniva messa in discussione la capacità di uno Stato membro di rispettare la normativa comunitaria sull'asilo, che costituiva il presupposto per l'automaticità del meccanismo di Dublino (la Corte si è poi espressa analogamente nel successivo caso *Sharifi*⁶⁰). Per far fronte a tale potenziale incompatibilità e salvaguardare la tenuta del sistema, la successiva riforma del regolamento in questione, entrata in vigore nel 2013, presentava all'art. 3.2 una ‘clausola di sovranità’ secondo cui

qualora sia impossibile trasferire un richiedente verso lo Stato membro inizialmente designato come competente in quanto si hanno fondati motivi di ritenere che sussistono carenze sistemiche nella procedura di asilo e nelle condizioni di accoglienza dei richiedenti in tale Stato membro, che implicino il rischio di un trattamento inumano o degradante [...], lo Stato membro che ha avviato la procedura di determinazione dello Stato membro competente prosegue l'esame dei criteri [...] per verificare se un altro Stato membro possa essere designato come competente. [...] Qualora non sia possibile eseguire il trasferimento a norma del presente paragrafo verso un altro Stato membro [...], lo Stato membro che ha avviato la procedura di determinazione diventa lo Stato membro competente

La giurisprudenza della Corte Edu appena menzionata non pare aver intaccato la tendenza a formulare considerazioni di sicurezza dei paesi terzi che alleggeriscano gli oneri di protezione degli Stati investiti della domanda di asilo. Questa tendenza si consolida con l'approvazione nel 2013 della Direttiva sulle procedure di determinazione dello status di rifugiato (c.d. ‘Direttiva Procedure’), che abroga e sostituisce il previgente testo del 2005, ma

⁵⁹ ECtHR, *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, cit., par. 325.

⁶⁰ ECtHR, *Sharifi e altri c. Italia e Grecia*, App. No. 16643/09, 21 ottobre 2014.



ne mantiene inalterato il concetto di ‘Paese sicuro’. L’art. 33.2 della Direttiva consente di dichiarare inammissibile la domanda di protezione internazionale qualora sia individuabile, rispetto al richiedente, un ‘Paese di primo asilo’ o un ‘Paese terzo sicuro’, e l’art. 39 consente agli Stati membri di non procedere ad alcun esame della domanda quando sia stabilito che il richiedente provenga da un ‘Paese terzo europeo sicuro’. Una breve definizione di tali concetti si rende a questo punto opportuna.

Un ‘paese di primo asilo’ è un paese in cui il richiedente asilo “sia stato riconosciuto [...] quale rifugiato e possa ancora avvalersi di tale protezione” oppure “goda altrimenti di protezione sufficiente”, che include, fra l’altro, “il fatto di beneficiare del principio di *non-refoulement*”⁶¹. Il concetto di ‘Paese terzo sicuro’ è applicabile a quei paesi terzi in cui il richiedente asilo non correrà il rischio di essere esposto a persecuzioni, a *refoulement*, ad allontanamento in violazione al diritto di non subire trattamenti inumani e degradanti, e in cui potrà chiedere lo status di rifugiato e ottenere, in caso di riconoscimento, una protezione conforme a quella della Convenzione di Ginevra⁶². Accanto a queste previsioni, il concetto di ‘Paese terzo europeo sicuro’ si atteggia in maniera parzialmente differente in quanto la designazione di tali paesi è essenzialmente preventiva, e opererebbe, in fase di applicazione, come una presunzione di sicurezza. In sostanza gli Stati membri possono adottare, alla sola condizione di darne comunicazione alla Commissione, liste proprie predefinite di Paesi terzi europei cui applicare la disciplina del ‘Paese terzo sicuro’ senza procedere ad alcun esame del caso concreto. La presunzione di sicurezza in questo caso si baserà sul fatto che detti paesi abbiano ratificato e osservino la Convenzione di Ginevra senza limitazioni geografiche, dispongano di una procedura di asilo prescritta per legge, abbiano ratificato la Convenzione Europea dei Diritti dell’Uomo e ne rispettino le disposizioni.

Nonostante la norma richieda espressamente che i paesi terzi europei in questione rispettino in concreto le disposizioni della Convenzione di Ginevra e della CEDU, il sistema della designazione preventiva comporta un alto rischio che la presunzione si basi esclusivamente sulla formale adesione degli Stati terzi alle suddette convenzioni, senza riguardo alla loro capacità di conformarsi nelle specifiche situazioni individuali dei richiedenti asilo. Si prospetta dunque una duplice possibilità: o la concretizzazione della

⁶¹ Direttiva 2013/32/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 26 giugno 2013, recante “procedure comuni ai fini del riconoscimento e della revoca dello status di protezione internazionale”, art. 35.

⁶² *Ivi*, art. 38.



nozione di ‘Paese sicuro’ è lasciata a un’applicazione *case by case* del concetto (la quale però, per essere efficace, dovrebbe avvicinarsi molto a un esame nel merito della domanda, in quanto l’accertamento della situazione di insicurezza del richiedente in un determinato paese costituisce presupposto applicativo per la concessione della protezione internazionale), oppure l’allontanamento dello straniero sarà l’effetto di una presunzione antecedente, con il rischio che questa si basi su valutazioni di tipo formale e politico.

Ora, è opinione di chi scrive che l’impianto della Convenzione di Ginevra sui rifugiati, limitando la portata delle sue disposizioni, ivi compreso il principio di *non refoulement*, agli eventi verificatisi in Europa e prima del 1951 (limitazione geografica e temporale), implicitamente ammetta che determinati rifugiati abbiano più diritto di altri alla protezione, e che determinate aree geografiche siano per principio meno sicure di altre, legittimando in tal modo il ricorso alle suddette presunzioni. Questa breccia nel sistema di protezione dei rifugiati è resa possibile da una caratteristica storica della Convenzione del 1951: il testo, elaborato dopo la fine della Seconda Guerra Mondiale e successivamente alla ripartizione delle regioni sconfitte fra le forze alleate, era stato scritto per fornire protezione specificamente alle persone in fuga da quelle determinate zone (prevalentemente gli ex territori della Germania trasferiti alla Polonia e all’Unione Sovietica, e le regioni della Cecoslovacchia precedentemente occupate dalla Wehrmacht) e non da altre, ed è su questa esigenza che si è fondato il principio di *non-refoulement* che costituisce oggi l’asse portante del sistema di protezione dei rifugiati.

Sebbene a livello nazionale elenchi di paesi terzi europei sicuri non siano ancora stati definiti, un’idea dell’implementazione di questo concetto si può avere con riguardo alle liste nazionali di paesi di origine sicuri stilate a norma dell’art. 37 della citata Direttiva Procedure: all’individuazione di un paese di origine è connesso non già il giudizio di inammissibilità della richiesta bensì l’attivazione di procedure accelerate o di frontiera⁶³. Nel novero degli Stati membri che si sono dotati normativamente di tali liste figura, dall’ottobre 2019, anche l’Italia, che ha dato attuazione all’art. 37 della Direttiva nel corso di due momenti successivi. Il decreto ministeriale su immigrazione e sicurezza del 4 ottobre 2018 disciplina la designazione nazionale dei paesi di origine sicuri all’art. 7-bis: in forza di tale disposizione, la

⁶³ *Ivi*, art. 31.8: “Gli Stati membri possono prevedere che una procedura d’esame sia accelerata e/o svolta alla frontiera o in zone di transito [...] se: [...] b) il richiedente proviene da un paese di origine sicuro a norma della presente direttiva”.



domanda di protezione internazionale viene rigettata per manifesta infondatezza qualora il richiedente provenga da un paese designato di origine sicuro, e la decisione di rigetto dà atto “esclusivamente che il richiedente non ha dimostrato la sussistenza di gravi motivi per ritenere non sicuro il Paese designato di origine sicuro in relazione alla situazione particolare del richiedente stesso”; la stessa norma statuisce che “con decreto del Ministro degli affari esteri e della cooperazione internazionale, di concerto con i Ministri dell'interno e della giustizia, è adottato l'elenco dei Paesi di origine sicuri [...]”⁶⁴. Un anno più tardi, con decreto congiunto dei tre ministeri, viene adottato un elenco di tredici paesi terzi cui applicare la disciplina del paese di origine sicuro⁶⁵: Albania, Algeria, Bosnia-Erzegovina, Capo Verde, Ghana, Kosovo, Macedonia del Nord, Marocco, Montenegro, Senegal, Serbia, Tunisia e Ucraina. Questo sistema determina dunque un'inversione dell'onere della prova a carico del richiedente asilo proveniente da uno di questi paesi, chiamato a dimostrare nell'ambito di una procedura accelerata la sussistenza di gravi motivi per ritenere non sicuro per sé il proprio Paese.

A ben vedere, tale impianto normativo, formalmente elaborato in attuazione dell'art. 37 della Direttiva Procedura, presenta non irrilevanti profili di contrasto con quest'ultima: è stato rilevato dal Garante Nazionale dei diritti delle persone detenute o private della libertà personale che il testo approvato dal parlamento italiano impone al richiedente di ‘dimostrare’ la sussistenza dei gravi motivi, mentre la Direttiva europea prevede semplicemente la possibilità di ‘invocare’ la sussistenza di tali motivi al fine di evitare il rimpatrio nel proprio paese, ammettendo con ciò che l'onere di condurre l'istruttoria rimarrebbe a carico dello Stato che intende espellere lo straniero⁶⁶; inoltre, degno di nota è anche il fatto che l'art. 37.3 della Direttiva dispone che la valutazione in merito al paese di origine sicuro “si basa su una serie di fonti di informazioni, comprese in particolare le informazioni fornite da altri Stati membri, dallo European Asylum Support Office (EASO), dall'UNHCR, dal Consiglio d'Europa e da altre organizzazioni internazionali competenti”, ma tale molteplicità di fonti è

⁶⁴ Decreto-Legge n.113/2018 recante Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata, art. 7-bis.

⁶⁵ Decreto-Legge 4 ottobre 2019 su Individuazione dei Paesi di origine sicuri, ai sensi dell'articolo 2-bis del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25.

⁶⁶ Comunicato Stampa, Un giudizio complessivo del Garante nazionale delle persone private della libertà sulle modifiche in tema di immigrazione introdotte dalla legge di conversione del Decreto Sicurezza, pubblicato il 6 dicembre 2018 su <http://garantedetenuti.consiglio.puglia.it>.

sostanzialmente ignorata nell'istruttoria di cui all'art. 1.2 del Decreto sui Paesi di origine sicuri del 2019, il quale, ai fini di valutare la particolare situazione del richiedente, fa riferimento esclusivamente a "l'appunto n. 167189 del 1° ottobre 2019, con il quale sono stati trasmessi gli elementi forniti [...] dai competenti uffici geografici del Ministero degli affari esteri e della cooperazione internazionale".

Queste incongruità hanno indotto la dottrina a parlare di 'neutralizzazione del diritto di asilo'⁶⁷ in quanto la riduzione delle garanzie legali nel procedimento di specie, sebbene non determinino un'automaticità nel respingimento della richiesta, imporrebbero al richiedente una *probatio diabolica* che rende praticamente impossibile ribaltare la presunzione a proprio carico ed esercitare il proprio diritto all'asilo. D'altra parte, siffatta interpretazione è avvalorata dalla lettura della Circolare del Ministero dell'Interno del 18 dicembre 2018 avente ad oggetto il d.l. 4 ottobre 2018, n. 113, nella quale si afferma che le finalità dell'attivazione della procedura accelerata sono una "più efficiente ed efficace gestione del fenomeno migratorio" e il contrasto al "rischio di un ricorso strumentale agli istituti di tutela previsti": in sostanza il ricorso alle procedure accelerate servirebbe a regolamentare i flussi migratori e a contrastare un istituto, quello dell'abuso della protezione internazionale, che non esiste nel diritto internazionale ma è spesso citato negli ambienti della politica per giustificare pratiche restrittive del diritto di asilo.

A differenza degli espedienti precedentemente analizzati, che consistevano essenzialmente nel condurre il controllo migratorio in maniera sommaria o approssimativa agendo all'interno di contesti normativi imperfetti o inadeguati a disciplinare la situazione dell'afflusso massiccio di rifugiati, il meccanismo di esternalizzazione realizzato attraverso le *Safe Country Policies* può contare su un sistema perfettamente istituzionalizzato, il quale, tramite lo strumento della presunzione di sicurezza, consente agli Stati membri di delegare parte della propria responsabilità internazionale ai paesi terzi. Se è vero che tale presunzione deve considerarsi necessariamente relativa, essa può tuttavia determinare un ostacolo insormontabile per il richiedente asilo, che si trova così ad agire in un quadro di garanzie legali estremamente ridotte e con requisiti probatori eccessivamente gravosi.

⁶⁷ F. Venturi (2019) "L'istituto dei "Paesi di origine sicuri" e il decreto attuativo del 4 ottobre 2019: una 'storia sbagliata'", *Rivista Questione Giustizia*, reperibile al seguente indirizzo <http://www.questionegiustizia.it/>.



5. Conclusioni

Tirando le fila di quanto fin qui esposto, l'esternalizzazione dei controlli non comporta, in linea di principio, il trasferimento della giurisdizione in capo allo Stato terzo in cui il controllo è dislocato, laddove la giurisdizione si intenda non in senso territoriale bensì funzionale, ed è l'interpretazione che è stata data dalla giurisprudenza europea. Tuttavia il fatto che un paese terzo sia considerato in grado di fornire protezione ai migranti ivi respinti consente allo Stato rinviante di delegare a detto paese i propri obblighi di protezione, andando a configurare un'esternalizzazione che potremmo qualificare come *de jure* del controllo migratorio. A ben vedere, le *Safe Country Policies*, progressivamente implementate nelle prassi nazionali degli Stati membri, costituiscono la via più *legale* a disposizione dei paesi geograficamente più esposti del continente per respingere automaticamente i richiedenti asilo provenienti da determinati paesi e sottrarsi così all'obbligo di *non-refoulement*.

Si è cercato di mostrare come questo procedimento sia in principio perfettamente compatibile con il regime della Convenzione di Ginevra sullo statuto dei rifugiati, e si può con ciò constatare che tale regime, pur costituendo il perno attorno al quale si sviluppa il sistema di protezione dei rifugiati, è inadatto a disciplinare l'odierno diritto di asilo, in cui i flussi di rifugiati hanno caratteristiche e dimensioni completamente diverse dall'epoca della sottoscrizione della Convenzione stessa. A riprova di ciò, è emblematico che l'unico tentativo strutturato storicamente documentabile di aggiornare questo regime, tentativo promosso dalle Nazioni Unite nella Conferenza dei Plenipotenziari del gennaio/febbraio 1977, fallì per l'impossibilità delle parti di accordarsi sulla natura e i limiti della nuova forma di asilo. Le pratiche di *Protection Elsewhere* si inseriscono perfettamente nelle lacune lasciate dalla Convenzione di Ginevra e mai del tutto colmate.

Lo stadio più avanzato della protezione dei richiedenti asilo non si trova codificato in nessun testo normativo o di carattere convenzionale, ma è segnato dalla giurisprudenza di Strasburgo sul principio di *non-refoulement*, la quale deve fare i conti con un'attitudine da parte delle autorità nazionali a conformarsi tutt'altro che lineare. Gli Stati europei si mostrano infatti recettivi al principio in questione solo fin tanto che esso non vada ad incidere sulle loro prerogative nazionali, prime fra tutte sicurezza interna, controllo delle frontiere, stabilità sociale: obiettivi che, se anche nel lungo periodo sono destinati a soccombere



rispetto agli obblighi umanitari cui ciascuno Stato è tenuto in virtù della propria responsabilità di diritto internazionale, nel breve termine sono sicuramente funzionali a riaffermare la sovranità nazionale e mantenere il potere politico.



Fiscalità e globalizzazione: pensare il diritto tributario in un quadro filosofico-giuridico transnazionale?

Rafael KÖCHE*
Università degli Studi di Firenze

ABSTRACT: The main aim of this article is rethink the tax law in legal-philosophical transnational scale, working on narratives and metaphors that explain contemporary context. Though this, I will show that though the legal landscape of tax law has been irreversibly affected by the globalisation, the first is still shaped on notions and theories which have been set for a classical perspective on sovereignty and territoriality, mostly on the XVI century. In addition, I also highlight the need for a philosophical debate on the fiscal effects of globalisation, through which to address contemporary challenges and deal adequately with the issues of justice and democratic legitimacy posed by fiscal policy today.

Ce n'est pas pour du territoire mais pour de l'activité économique que les nations vont se combattre à l'avenir, et leurs armes ne seront pas des fusils mais des taux d'imposition. Il ne sert à rien d'espérer que des blocs supranationaux sauvegarderont des impôts plus élevés. Ces grands animaux titubants tomberont sous le coup de la concurrence de l'État-nation léger, à bas niveau d'impôt¹

* Contatto Rafael KÖCHE | rafael@rafaelkoche.com.br

¹ Opinione espressa nel 1999 da William Hague, allora leader del Partito conservatore britannico, *apud* Van Parijs Ph. (2002) "Philosophie de la fiscalité pour une économie mondialisée", *Archives de Philosophie du Droit*, p. 329.



1. Stato, territorio e sovranità nell'era della globalizzazione: trasformazioni giuridiche e diritto *à la carte*

La domanda centrale del titolo – è possibile pensare il diritto tributario in un quadro filosofico-giuridico transnazionale? – non è altro che una provocazione; un invito a riflettere sulle narrative e le metafore che spiegano la realtà contemporanea; un modo di dimostrare che il paradigma normativo è cambiato ma il modo di *raccontare* il diritto tributario e giustificare le sue istituzioni invece no. Ma perché si dovrebbe pensare il diritto (tributario) in un quadro normativo transnazionale? E perché si porrebbe come un problema la transnazionalità del fenomeno fiscale?

Alla prima domanda, risponderai che pensare il diritto tributario nell'era della globalizzazione, oltre ad essere possibile, è necessario; la seconda suggerisce un'*ambivalenza*, dato che l'imposizione è attività tipica ed esclusiva dello Stato, che ha il monopolio dell'istituzione, controllo e riscossione dei tributi. Cosa ci sarebbe di *transnazionale* nell'azione più statale di tutte, l'imposizione?

In questo senso, le teorie contemporanee della tassazione e le legislazioni interne sono ancorate alla classica nozione territoriale di sovranità sviluppata nel sedicesimo secolo², dato che il campo di applicazione territoriale della normativa fiscale grosso modo rispetta i limiti territoriali dello Stato stesso. La relazione tra stato-sovranià-territorio, in una sorta di epistemologia giuridica tributaria, non si mostra così diversa nemmeno a livello europeo, dove si vedono importanti cambiamenti in termini di paradigma normativo.

Tuttavia, se da un lato, abbiamo un diritto tributario estremamente vincolato alle strutture normative statali, non si può dire lo stesso dell'economia e dei rapporti giuridici derivati dei rapporti finanziari e commerciali transnazionali. Il ventesimo secolo è stato caratterizzato da movimenti di globalizzazione, che hanno relativizzato la nozione territoriale di sovranità, dal momento che i flussi di persone, merci, capitali e idee non si limitano ai confini degli Stati³.

² C. Galli (2019) *Sovranità*, Bologna, Il Mulino.

³ D. Zolo (2001) *Cosmopolis*, Milano, Feltrinelli; D. Zolo (2004) *Globalizzazione*. Una mappa dei problemi, Roma-Bari, Laterza; Z. Bauman (1998) *Globalization: the Human Consequences*, New York, Columbia University Press; J. Habermas (2002) *La costellazione postnazionale*, Milano, Feltrinelli; M. Maffesoli (2010) *Post-modernité*, Paris, CNRS; D. Held (2005) *Governare la globalizzazione*. Una alternativa democratica al mondo unipolare, Bologna, Il Mulino.

Inoltre, una parte considerevole dei rapporti commerciali è attualmente svolta da imprese transnazionali, che non sono soggetti soltanto alla normativa statale, ma rispettano anche una serie di strumenti di *soft law*, sul rafforzamento delle istituzioni trasversali di regolamentazione giuridica⁴. La deregolamentazione del mercato valutario e i processi di finanziarizzazione internazionale promossi in questo scenario cambiano sostanzialmente le dinamiche economiche degli Stati e delle imprese al punto di sostenere che, in certi aspetti, il denaro come istituzione dello Stato è diventato un elemento di una sfera finanziaria che sfugge agli Stati e alle organizzazioni internazionali⁵.

La dimensione globalizzante dell'economia non implica la scomparsa degli Stati, anzi non spariscono, piuttosto tendono a diventare sempre più funzionali ai mercati. Le politiche monetarie dimostrano che le frontiere ancora contano, tuttavia, si verifica in realtà una funzionalità invertita tra Stati e mercati, come sostiene Maria Rosaria Ferrarese: “capitalismo e Stato sono creature coeve, figlie entrambe dello stesso processo di modernizzazione e legate l'una all'altra da un legame funzionale”, hanno bisogno l'uno dell'altro, un bisogno reciproco. Ma dopo la nascita dell'economia moderna, o “economia mondo”, l'omogeneità nazionale si colloca all'interno dell'eterogeneità internazionale; e l'economia prova a essere sempre più autonoma rispetto alla politica – anche perché il loro rapporto sarebbe intrinsecamente concorrenziale⁶.

Si aggiungono alla dimensione globalizzante dell'economia tre componenti fondamentali: il linguaggio degli interessi, cioè la capacità comunicativa che hanno gli attori del mercato di intendersi e comprendersi a dispetto delle differenze; il rilievo della dimensione finanziaria, ossia la capacità di astrazione delle misure monetarie che, pur mantenendo nessi significativi con gli Stati, diventano sempre più capaci di attraversarne i

⁴ Si consideri, in questo senso, il ruolo del *Basel Committee on Banking Supervision del Bank for International Settlements* (BIS), ad esempio, responsabile dello sviluppo di regolamentazione sulla prudenza bancaria. Si veda anche: S. Cassese (2005) “Administrative Law without the State: the Challenge of Global Regulation”, *New York University Journal of International Law and Politics*, 37: 663-694.

⁵ J-M. Sorel (2006) “L'évolution des institutions financières internationales: entre redéploiement et fragilité, une restructuration systemique en chantier”, *Annuaire Français de Droit International*, 7: 481-504. [traduzione mia].

⁶ M.R. Ferrarese (2000) *Le istituzioni della globalizzazione*, Bologna, il Mulino, pp. 14-25; S. Strange (1998) *Chi governa l'economia mondiale?*, Bologna, Il Mulino; I. Wallerstein (1982) *Il sistema mondiale dell'economia moderna*, Bologna, Il Mulino.



confini; e la rilevanza assunta della tecnologia nella vita delle imprese e delle persone, o la capacità globalizzante della tecnica⁷.

La vocazione globalizzante del ‘linguaggio degli interessi’ parte della premessa che i *players* si muovono a partire di interessi individuali e che permette una coordinazione tra i soggetti attraverso mezzi e non fini, cioè, ogni attore agisce secondo i suoi interessi. Sebbene questi soggetti non condividano lo stesso ordine giuridico nazionale, la cui validità è eminentemente territoriale, il linguaggio degli interessi crea una rete comunicativa che connette tutti gli individui in mutue interdipendenze e gli consente di aver un rapporto giuridico: “non è dunque un caso che oggi si vadano ridisegnando proprio in queste due sfere opposte, l’una legata agli interessi, l’altra ai diritti, cammini paralleli di superamento dei confini statali”⁸.

L’altra componente, la dimensione finanziaria dell’economia, presuppone la distinzione tra globalizzazione reale, intesa come integrazione fra mercati dove si effettuano scambi fra beni, servizi e fattori produttivi reali, e globalizzazione finanziaria, intesa come integrazione dei mercati dove si scambiano attività finanziarie. La finanziarizzazione dell’economia ha implicato un processo di progressiva scissione dell’economia finanziaria da quella reale. La rimozione dei limiti legali alla circolazione dei capitali ha implicato la rottura del preesistente nesso di immediata dipendenza tra circolazione monetaria e scambi commerciali sottostanti, creando così le premesse per la realizzazione di un mercato finanziario e speculativo del tutto autonomo dall’economia reale, al punto da essere chiamato ‘meta-mercato finanziario’, “un universo virtuale inflazionario progettato per la reiterazione, potenzialmente illimitata, delle transazioni speculative”⁹.

Infine, la tecnologia ha uno stretto nesso con il capitalismo, “così stretto che non ci permette più di discernere la vicenda economica da quella scientifica e tecnologica, come se la scienza e la tecnologia fossero ormai quasi del tutto inglobate nel mondo della produzione e da questo dipendessero quasi integralmente”¹⁰. Lo sviluppo tecnologico non è soltanto una

⁷ M.R. Ferrarese (2000) cit., pp. 31 e ss.

⁸ M.R. Ferrarese (2000) cit., pp. 33-5.

⁹ G. Di Gaspare (2011) *Teoria e critica della globalizzazione finanziaria. Dinamiche del potere finanziario e crisi sistemiche*, Padova, Cedam, pp. 145 ss. Secondo Di Gaspare, “l’attraversamento della crisi della finanza dematerializzata, punto di arrivo e al contempo di stravolgimento della “civilizzazione materiale” dell’economia capitalistica, lascia infine intravedere il paradigma in formazione di una civilizzazione dematerializzata”. (*Ibidem*).

¹⁰ M.R. Ferrarese (2000), cit., p. 39.



importante componente della globalizzazione reale, con la creazione di macchine, robot, aerei, ad esempio, che ha permesso la riduzione del costo della produzione in larga scala e ha facilitato lo scambio a livello mondiale, ma piuttosto della globalizzazione finanziaria e della creazione del cyberspazio, che annulla l'elemento spaziale e temporale della società – che, a livello globale, si presterebbe dunque a essere rappresentata come “società orizzontale”¹¹.

La globalizzazione ridefinisce allora i limiti spazio-temporali, avendo pertanto profondi effetti nella vita quotidiana e privata degli individui e anche nelle sfere di rilevanza pubblica. In questo contesto, si mette in moto una profonda ristrutturazione di quel rapporto tra diritto e territorio che tradizionalmente atteneva allo stato-nazione. A differenza dello Stato, che controlla l'apparato della forza, legata al territorio, la *ratio* economica è esclusa da questo controllo, ma altresì dai limiti che quella dimensione territoriale comporta. Le multinazionali, per esempio, non hanno un rapporto altrettanto stringente con il territorio: “pur insistendo sul territorio statale, possono pensare a diverse collocazioni territoriali poiché il mercato, per propria vocazione è senza confini, anzi vive proprio in un continuo tentativo di superamento dei confini”¹². E ancora:

Così, all'inizio la dimensione territoriale del potere statale segnava una subalternità dell'economia alla politica, nel più lungo periodo essa ha contrassegnato una *deminutio* del poter statale, disegnando destini più gloriosi ed estesi per l'economia. La globalizzazione in atto è proprio esito di questa rivincita dei mercati verso gli stati¹³

La globalizzazione cambia altrettanto il modo di produzione del diritto, una volta che cambia l'idea di un diritto monopolio dello Stato, esposto all'influenza e all'impulso dei privati. C'è una tendenza alla privatizzazione e al decentramento della produzione giuridica: “la figura del legislatore, tradizionalmente solenne, si rifrange in una molteplicità di soggetti legislatori sempre più privati, anonimi e invisibili”¹⁴. I soggetti, esposti a questo sistema di mutua interdipendenza tra espansione del mercato e interconnessione spazio-temporale,

¹¹ *Ivi*, pp. 42-3.

¹² *Ivi*, p. 25. Della stessa autrice, (2006) *Diritto sconfinato. Inventiva giuridica e spazi nel mondo globale*, Roma-Bari, Laterza.

¹³ *Ivi*, pp. 25-6.

¹⁴ *Ivi*, p. 52.

possono scegliere sempre più i rapporti da instaurare con i luoghi, cioè, instaurano rapporti molteplici con luoghi diversi – la cosiddetta ‘poligamia di luogo’¹⁵.

Da questo deriva il ‘multilocalismo’, cioè, “la possibilità di dare una collocazione transnazionale alla propria vita, situandola a un punto di incrocio tra varie culture, riferimenti e persino istituzioni”. Il multi localismo – scoperto, ancor prima che dagli individui, dalle grandi imprese – “induce una de-assolutizzazione e una de-sacralizzazione dei riferimenti normativi consueti al proprio luogo di origine e la loro esposizione all’idea che essi potrebbero essere pensati e consegnati in maniera diversa”¹⁶.

La globalisation, en revanche, peut entraîner l’impossibilité de localiser matériellement le fait générateur de l’impôt. Pour illustrer cette thèse, que l’on songe à la difficulté de localiser le siège de direction effective d’une entreprise lorsque ses directeurs habitent tous dans des lieux différents et prennent les décisions importantes à travers Internet. Cette évolution, d’une “plurilocalisation” à une “non-localisation” de la réalité économique caractérise de façon spectaculaire le développement du monde contemporain: l’espace économique devient unitaire parce que l’espace physique n’a plus la même pertinence que par le passé. Ceci posé, il serait cependant absurde de conclure que la globalisation abolit purement et simplement l’espace matériel: premièrement, parce que la plupart des opérations économiques ne se concluent pas par l’intermédiaire d’Internet ; deuxièmement, parce que de nombreuses activités demeurent par nature liées au territoire. En somme, la globalisation n’entraîne pas tant la fin des frontières qu’une nouvelle perception de celles-ci¹⁷.

Nell’ambito del multilocalismo giuridico, le imprese transnazionali possono dunque scegliere determinati territori in cui insediare le proprie attività e determinati assetti istituzionali a cui sottomettersi piuttosto che altri. A differenza di quanto si potrebbe immaginare, la possibilità di scelta si rivela come una fonte di opportunità e di nuove scommesse piuttosto che una fonte di possibili incognite e di costi sommersi. In questo mosaico, la scelta non deriva soltanto dai pieni normativi, ossia dalle regole esistenti, ma

¹⁵ *Ivi*, p. 45.

¹⁶ *Ivi*, pp. 46-7.

¹⁷ D. Gutmann (2002) “Globalisation et justice fiscale”, *L’année Fiscale*, pp. 109 ss.

anche e soprattutto dai *vuoti normativi*, cioè dall'assenza di regole e *regulations* – un “diritto *à la carte*”, direbbe Ferrarese¹⁸.

La pluralità dei mercati non coincide con la mappa dei confini nazionali. Per ciò, dobbiamo affrontare oggi questi nuovi modi e nuove fonti di normazione dei mercati, che in gran parte non coincidono più con le sovranità nazionali né hanno necessariamente carattere pubblico. Il ‘diritto dei mercati’ viene dunque prodotto sia da soggetti pubblici sia da soggetti privati. E quanto più il sistema economico si costituisce su una scala transnazionale, tanto più si vede la dislocazione del potere e la diminuzione della capacità della politica di scombinare i giochi dell’economia di mercato.

Con la globalizzazione economica e la sempre maggiore indipendenza dei mercati dagli Stati, questi ultimi tendono a parlare sempre più svincolati dai loro confini e dalle ragioni della sovranità – persino le regole interne agli Stati e all’amministrazione vengono reinventate, ispirandosi al modello imprenditoriale. Sembra che la politica abbia perso quell’autonomia che dovrebbe caratterizzarla come istanza sovrana o “istanza originaria”¹⁹.

Insomma, l’economia è diventata globale, il diritto transnazionale, ma il sapere giuridico tributario continua ancora locale e normativamente centrato nello Stato, come se la sovranità statale non fosse stata toccata dalla globalizzazione economica. Siamo di fronte ad una nuova problematica costituzionale perché il paradigma nazionale tradizionale non risponde in modo soddisfacente all’intero fenomeno giuridico, dato che i vari processi di globalizzazione hanno iniziato a promuovere la privatizzazione e la transnazionalizzazione della politica. Si può vedere il chiaro trasferimento di poteri e prerogative in favore di attori non statali, caratteristica della sfera transnazionale. In termini di *governance*, la mancanza di mandato democratico e le nuove forme di *regulations* create dagli agenti che lavorano nell’ordine transnazionale impongono un nuovo modo di pensare la legittimità democratica di questo nuovo quadro globale²⁰.

¹⁸ M.R. Ferrarese (2000), cit., p. 48.

¹⁹ *Ivi*, pp. 53-6.

²⁰ A.V. Teixeira (2014) “Direito Público Transnacional: por uma compreensão sistêmica das esferas transnacionais de regulação jurídica”, *Revista Novos Estudos Jurídicos*, 19(2): 400-29; G. Teubner (2012) *Constitutional fragments: Societal constitutionalism and globalization*, Oxford, University Press; G. Teubner (2004) “Societal constitutionalism: alternatives to State-centred Constitutional Theory”, in C. Joerges, L. Sand Teubner G. [a cura di] *Constitutionalisation and Transnational Governance*, Oxford, University Press, pp. 3-28; N. Walker (2012) “Postnational Constitutionalism and Postnational Public Law: A tale of two neologisms”, *University of Edinburgh School of Law Research Paper Series*, 20: 01-28.



Quindi, se diritto ed economia vengono ripensate da una prospettiva transnazionale, perché il diritto tributario dovrebbe essere immune da questa svolta paradigmatica? Attualmente, il diritto tributario non può essere una preoccupazione isolata di ogni Stato, considerato singolarmente; data la complessità e i rischi delle relazioni contemporanee, abbiamo bisogno di ripensare il concetto di sovranità in materia fiscale per affrontare domande transnazionali con cause o effetti fiscali. Diversi sono gli esempi che dimostrano la percezione politica della transnazionalità del fenomeno fiscale.

2. La transnazionalità del fenomeno fiscale tra diritto, economia e politica

Nell'ambito fiscale internazionale, tradizionalmente la preoccupazione era quella d'evitare la doppia imposizione. Nel contesto dell'Ue, ad esempio, anche se la Corte di Giustizia non ha finora affermato l'esistenza di un generale divieto di doppia imposizione. Tuttavia, subire un duplice prelievo è solitamente ritenuto come una violazione di una libertà fondamentale, un ostacolo alla circolazione dei fattori produttivi, un affronto alla tutela della proprietà, anche avuto riguardo alla giurisprudenza della CEDU²¹. Quindi, diverse sono le Convenzioni firmate per evitare la doppia imposizione, trattati internazionali con i quali i Paesi contraenti regolano l'esercizio della propria potestà impositiva.

Nonostante ciò, c'è un sentimento generalizzato di ingiustizia che caratterizza l'inizio di questo secolo, l'idea che ci sono imprese e persone che non pagano tasse (o non pagano tanto quanto ci si aspetterebbe) – si pensi alla spinosa questione dell'imposizione sui proventi dei grandi colossi della tecnologia, il cosiddetto GAF A (Google, Apple, Facebook e Amazon). Così, oltre ad evitare le doppie imposizioni, le Convenzioni avrebbero oggi anche e soprattutto lo scopo di prevenire l'evasione e l'elusione fiscale. In altre parole, oggi, la sfida di fronte alla quale si trovano gli strumenti di diritto tributario internazionale non è tanto la doppia imposizione, ma la cosiddetta 'doppia non imposizione'.

²¹ S. Dorigo (2013) "Doppia imposizione internazionale e diritto dell'unione europea", *Rivista Trimestrale di Diritto Tributario*, 23-54; S. Dorigo (2011) "Il limite massimo dell'imposizione nel diritto internazionale e dell'Unione europea ed i suoi effetti nell'ordinamento italiano", *Rivista di diritto tributario*, 1, pp. 41 ss.



Il progetto BEPS (*Base Erosion and Profit Shifting*), ideato congiuntamente dall'OCSE e dal G20, è una chiara ed emblematica illustrazione normativa di questo fenomeno. Il progetto BEPS esamina le problematiche dell'evasione fiscale internazionale delle multinazionali e si inserisce nell'ambito di azioni dirette a contrastare le politiche di pianificazione fiscale aggressiva e a evitare lo spostamento della base imponibile dai paesi ad alta fiscalità verso altri con pressione fiscale bassa o nulla da parte delle imprese multinazionali, puntando a stabilire regole uniche e trasparenti condivise a livello internazionale²².

Inoltre, i paradisi fiscali hanno un ruolo molto importante in questo scenario perché permettono questa sorta di pianificazione fiscale considerata abusiva²³. Ma il principale problema rispetto all'esistenza dei paradisi fiscali non è tanto la ridotta pressione fiscale quanto piuttosto 'l'opacità'. La mancanza di trasparenza delle informazioni bancarie e fiscali fa sì che l'esistenza di paradisi fiscali faciliti l'evasione fiscale, il riciclaggio di denaro, il finanziamento del terrorismo e altri crimini come il traffico internazionale di droga e di armi. C'è una stretta relazione tra segreto bancario, libertà e trasparenza. Non a caso, gli Stati hanno adottato una serie di meccanismi di scambio di informazioni, attraverso la firma di trattati di cooperazione giuridica internazionale²⁴.

La semplice firma di trattati internazionali di cooperazione giuridica tuttavia non risolve il problema. Dopo tali accordi, il denaro della corruzione e dell'evasione fiscale ha attraversato nuovi percorsi, rifugiandosi in altri paesi "non cooperanti"²⁵. Quindi, non si tratta di un problema bilaterale bensì transnazionale, che interessa l'intera comunità internazionale, nella misura in cui mina la neutralità fiscale, influenzando perniciosamente la concorrenza e inducendo illegalmente e artificialmente la concentrazione della ricchezza.

²² OECD (2013) *Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*, Paris, OECD Publishing. Si veda anche S. Dorigo, P. Mastellone (2015) L'evoluzione della nozione di residenza fiscale delle persone giuridiche nell'ambito del Progetto BEPS, *Rivista di diritto tributario*, 3(5) pp. 35 ss.

²³ Si veda, in questo contesto, il caso emblematico dell'azienda brasiliana Vale S.A., la seconda più grande società mineraria multinazionale del mondo e prima in esplorazione di ferro, accusata di non aver versato 3 miliardi di imposta nel 2006 grazie a una società affiliata stabilita in Svizzera (cfr. *La pression internationale s'accroît contre les «astuces fiscales»*, *Tribune de Geneve* del 12 aprile 2013, consultabile al seguente indirizzo <http://www.tdg.ch/economie/La-pression-internationale-s'accroit-contre-les-astuces-fiscales/story/13551377>).

²⁴ X. Oberson (2015) *International Exchange of Information in Tax Matters. Towards Global Transparency*. Cheltenham, Edward Elgar; X. Oberson (2013) "L'évolution en Suisse de l'échange international de renseignements fiscaux: de l'arbalète au big bang", *Revue de droit fiscal*, 24, pp. 110-116.

²⁵ È molto preziosa la dimostrazione di Wight (1991) *Teoria Internazionale*, Firenze, Il Ponte, del fatto che gli Stati talvolta competano, talaltra cooperino fra loro.

In altre parole, la riduzione della pressione fiscale attraverso operazioni simulate fa sì che imprese e persone siano soggette a pressione fiscale effettiva molto più bassa di qualsiasi altro contribuente nella stessa situazione, invertendo i termini del principio di capacità contributiva. In casi come questi, più si può pagare, meno effettivamente si paga, aumentando la disuguaglianza tra le persone e tra i Paesi²⁶. Non a caso si parla attualmente di disuguaglianza globale nell'ambito del fenomeno chiamato da Bauman di "extraterritorialità delle élites"²⁷.

Le tasse di tipo CFC (*Controlled Foreign Corporations*), le *exit taxes*, i meccanismi di controllo di *transfer pricing*, i meccanismi per neutralizzare la sottocapitalizzazione, sono forme diffuse di reazione al mercato globalizzato. Un altro esempio particolarmente significativo viene dalla prassi dei *ruling* che le imprese multinazionali riescono ad imporre ad alcuni Stati, ottenendo la fruizione di regimi tributari assolutamente vantaggiosi sulla base di un potere contrattuale talmente forte da rovesciare la normale gerarchia Stato-impresa e da assegnare a quest'ultima la posizione dominante. Nell'ambito dell'Ue, un regime così vantaggioso sarebbe vietato dall'ordinamento, considerato aiuto di stato, inteso come qualsiasi trasferimento di risorse pubbliche a favore di alcune imprese o produzioni che, attribuendo un vantaggio economico selettivo, falsa o minaccia di falsare la concorrenza (TFUE, artt. 107 e 108)²⁸.

²⁶ Cfr. G. Zucman (2014) *A Riqueza Oculta das Nações*, Lisbona, Temas & Debates; E. Santoro (2014) "Una beffa alla sua miseria: precondizioni dell'effettività del diritto ad avere diritti", *Ragion Pratica*, 435-454; A. Atkinson (1983) *The Economics of Inequality*, Oxford, Clarendon Press; D. Cohen (1998) *Richesse du monde, pauvretés des nations*, Paris, Flammarion; E. Santoro (2013) "La povertà nell'era della globalizzazione: una genealogia dell'arte di ignorare i poveri", *Quaderni Fiorentini Per La Storia Del Pensiero Giuridico Moderno*, 42: 59-99. Questa riflessione è particolarmente importante per il Brasile, che vanta il secondo posto tra i paesi con la più alta percentuale di evasione fiscale in rapporto al PIL nel mondo, equivalente al 13,4% del PIL. (Tax Justice Network (2011) *The Cost of Tax Abuse: a brief paper on the cost of tax evasion worldwide*, consultabile al seguente indirizzo: <http://www.taxjustice.net/wp-content/uploads/2014/04/Cost-of-Tax-Abuse-TJN-2011.pdf>).

²⁷ Z. Bauman (2007) *Dentro la globalizzazione. Le conseguenze sulle persone*, Roma-Bari, Laterza, p. 25.

²⁸ "Si allude al ben noto caso della multinazionale Apple che, verosimilmente sfruttando la propria posizione di forza, aveva ottenuto una serie di *ruling* particolarmente vantaggiosi da parte dell'amministrazione fiscale irlandese. L'Unione europea ha reagito nei confronti di tale pratica, considerata distorsiva della concorrenza in quanto finisce per realizzare un aiuto di Stato illegittimo (Decisione della Commissione UE del 30 agosto 2016, C(2016) 5605 final). Appare significativa conferma del peso che multinazionali di tal genere esercitano sulle giurisdizioni nazionali il fatto che l'Irlanda, richiesta di recuperare le imposte non riscosse in applicazione dei *rulings* contestati, si sia opposta, impugnando la decisione della Commissione di fronte al Tribunale di primo grado dell'UE (caso T-778/2016) parallelamente alla medesima iniziativa assunta dalla Apple (caso T-892-16)". Cfr. S. Dorigo S. (2017) "Fiscalità, mercato e solidarietà: la crisi economica globale ed il ruolo del diritto dell'Unione Europea", *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 27(6): 1531-61, p. 1539.



In fine, c'è oggi un'altra reazione giuridica importante agli influssi del mercato globalizzato: il cosiddetto equilibrio di bilancio. *C'est-à-dire*, se la funzione precipua dell'imposizione è ricavare risorse per permettere allo Stato di avviare le sue politiche pubbliche, queste due attività statali – una riguardante le entrate, l'altra, le spese – devono per forza andare di pari passo. Con la legge costituzionale n.1 del 2012, il Parlamento italiano ha approvato una riforma dell'art. 81 che ha trasformato l'obbligo di equilibrio di bilancio da vincolo esterno (Ue) in una norma di rango costituzionale, con cui le politiche fiscali devono fare i conti.

Ma si inganna chi pensa che questo evento derivi semplicemente dal *Fiscal Compact*. L'emergenza dell'equilibrio di bilancio come un principio giuridico – quindi, come norma – è una risposta innanzitutto al mercato, che supera le frontiere europee. Il Governo brasiliano, per esempio, che non è sottomesso a un vincolo sopranazionale di questo genere, ha recentemente fatto una proposta di Modifica nella Costituzione (PEC 188/2019) per aggiungere un comma unico all'articolo 6 della Costituzione – che disciplina, *ça va sans dire*, i diritti sociali – per aggiungere il seguente testo: “Nella promozione dei diritti sociali, deve essere rispettato il diritto all'equilibrio fiscale intergenerazionale”²⁹. Quindi, l'equilibrio di bilancio, oltre ad essere un principio sovranazionale e ormai costituzionale, è innanzitutto uno standard di diritto transnazionale.

3. Il “Principato Democratico” o sulla necessità di fare filosofia della fiscalità

Come si vede, la globalizzazione ha prodotto degli effetti importanti per quanto riguarda la sovranità, il territorio, il diritto e lo Stato. In questo senso, Daniel Gutmann osserva che la globalizzazione ha messo in moto la concorrenza dei sistemi fiscali, con i rischi che ne conseguono rispetto alla sovranità fiscale. In stretta sintesi, sostiene che: la libertà economica genera competizione tra sistemi fiscali; la concorrenza dei sistemi fiscali deriva dalla libertà degli Stati, ovvero dalla sovranità; e la concorrenza dei sistemi, ovvero tra gli Stati, sarebbe un pericolo per la sovranità fiscale.

²⁹ Senato Federale, Brasile, *Proposta di modifica della Costituzione*, n° 188/2019.



Ossia, la concorrenza tra i sistemi esiste perché gli Stati sono sovrani. Proprio perché c'è concorrenza tra i sistemi, le decisioni sull'onere fiscale non verrebbero prese dalle strutture tradizionali del potere politico (il Parlamento, per esempio) ma dal mercato. Anche se egli ritiene che la “conclusione pessimistica” secondo cui il trasferimento di potere decisionale dalla politica al mondo economico “debba essere senza dubbio temperata”, ammette che “la globalizzazione produce quindi effetti macroeconomici e macrogiuridici che portano a una parziale subordinazione della politica ai requisiti dell'economia”, dato che, “in pratica, molti Stati sono costretti ad abbassare la pressione fiscale sugli investimenti al fine di attrarre investitori stranieri e prevenire l'evaporazione della ricchezza locale nella direzione di altre giurisdizioni fiscali”³⁰.

La nozione giuridica di solidarietà – “connotato essenziale della fiscalità”³¹ – non ha raggiunto un'aspettativa normativa in grado di produrre comunicazione generalizzata³² a livello transnazionale. In altre parole, la solidarietà intesa come elemento (normativo) che dà coesione politica e sociale internamente attraverso la generalizzazione simbolica tipica del diritto non esiste (ancora) a livello globale. Come giustificare una redistribuzione della ricchezza a livello globale? Sulla base di quali testi, principi o criteri giuridici? Con quali tecniche fiscali? A queste domande Gutmann risponde con una bella provocazione: “*Tout reste à faire. Dans un espace sans juges, sans législateur, il y a place pour les philosophes*”³³. È in questo contesto che si esalta la necessità di costruire una filosofia della fiscalità per una economia” globalizzata, un sapere giuridico tributario adeguato al ventunesimo secolo³⁴. È significativo, in questo senso, ricordare “la quasi totale assenza di un dibattito filosofico sugli effetti fiscali della globalizzazione, quando lo stesso dibattito è relativamente sviluppato nel quadro puramente interno”³⁵.

La fiscalità è sempre stata un problema filosofico: mette in causa sia questioni di giustizia, sia questioni di legittimità democratica. Dopo la globalizzazione, nondimeno, la

³⁰ D. Gutmann (2002) “Globalisation et justice fiscale”, cit., pp. 109 ss.

³¹ S. Dorigo (2017), cit., p. 1540.

³² Cfr. N. Luhmann (1979) *Potere e complessità sociale*, Milano, Il Saggiatore; N. Luhmann (1983) *Struttura della società e semantica*, Roma-Bari, Laterza; N. Luhmann (1990) *La differenziazione del diritto*, Bologna, Il Mulino; N. Luhmann (1984) *Sistemi Sociali. Fondamenti di una teoria generale*, Bologna, Il Mulino.

³³ D. Gutmann (2002) “Du droit à la philosophie de l'impôt”, *Archives de Philosophie du Droit*, 46, pp, cit., p. 13.

³⁴ In questo senso Van Parijs Ph. (2002), cit., pp. 329 ss.; D. Gutmann (2002) “Globalisation et justice fiscale”, cit., pp. 109 ss.

³⁵ Gutmann D. (2002) “Globalisation et justice fiscale”, cit., p. 109 [traduzione mia].



fiscalità contemporanea aggiunge delle complessità ulteriori: continua a mettere in causa la disuguaglianza prodotta dal mercato e indotta dagli Stati – ma adesso a livello mondiale, in un’economia finanziaria e speculativa, con alti indici di concentrazione di ricchezza; cerca di tutelare la proprietà e la libertà senza minacciare o falsare la concorrenza – ma in uno scenario dove la produzione di ricchezza è deterritorializzata, la produzione giuridica è decentralizzata e la concorrenza non è fatta soltanto tra le imprese, ma anche tra gli Stati; e, alla fine, mette in discussione la propria nozione di democrazia – ma in un contesto dove le decisioni non vengono prese dalla politica (o attraverso gli strumenti classici della democrazia rappresentativa) ma dai attori economici (o dal mercato) e di rapporti transnazionale.

Dunque, se la filosofia è il “pungolo del fiscalista curioso”³⁶, la sovranità, il territorio, la disuguaglianza e la legittimità dell’imposizione nell’era della globalizzazione sono temi che meritano d’essere pensati all’interno del principato democratico, prendendole distanze dalla tesi di Trasimaco (“la giustizia è l’utile del più forte”). In altri termini, la politica si presenta come un “momento del particolarismo degli interessi e dei progetti, inevitabilmente diversi e conflittuali, che trovano provvisori punti di incontro e momenti di composizione pattizia, ma non possono essere disciplinati da una norma (etica o giuridica) di portata *soi-disant* universalistica”³⁷. Così, si riuscirebbe a pensare la politica con diffidenza nei confronti della giustizia senza per questo identificare la sfera della politica con gli interessi e le strategie del “principe”³⁸.

È già stato dimostrato che il meccanismo democratico-rappresentativo è soltanto una finzione giuridica, “utile non perché assicura la partecipazione del popolo al processo decisionale, ma perché rende possibile una regolamentata competizione fra leader rivali, che mirano ad accaparrarsi il voto elettorale e influenzano gli elettori impiegando tecniche simili a quelle adottate dagli esperti pubblicitari”³⁹. La lezione che si può trarre da Danilo Zolo, oltre al rifiuto del cosmopolitismo, è la conferma di quell’idea di ordine internazionale caratterizzato da “un regionalismo policentrico e multipolare” e dal “rilancio della

³⁶ Gutmann D. (2002) “Du droit à la philosophie de l’impôt”, cit., p. 7.

³⁷ P. Costa (2016), cit.

³⁸ D. Zolo (1992) *Il principato democratico. Per una teoria realistica della democrazia*, Milano, Feltrinelli; P. Costa (2016), cit.,

³⁹ P. Costa (2016), cit.

negoziante multilaterale fra Stati»⁴⁰. Dobbiamo inventare nuove metafore per spiegare questi tempi, nuove narrative che raccontano il diritto e la politica contemporanea.

⁴⁰ D. Zolo (1992), cit.; D. Zolo (2008) “La profezia della guerra globale”, in S. Pietropaoli, [a cura di] *Carl Schmitt, Il concetto discriminatorio di guerra*, Roma-Bari, Laterza.



La corruzione come un ‘male originario’. La distruzione dei principi democratici per perversione

Jânia M. SALDANHA*

Università del Vale do Rio dos Sinos

James CAVALLARO

University Network for Human Rights

Alessia MAGLIACANE

EHESS Parigi

ABSTRACT: In this text, we present a dual analysis of the crime of corruption. Through the symbolic coupling of dissimulation and perversion, corruption erodes democratic institutions. We contend that these dual elements of corruption are both influenced by and exert influence on the dominant neoliberal economic and political model, idea that corruption, in order to exist, has central actors of the rule of law, that is, feeds and was fed by the economic.

Un monde qui veut sombrer inverse tous les signes: ce qui a de la valeur attire le mépris et ce qui est méprisable prend de la valeur. Le mensonge règne et la vérité tue celui qui la prononce

Günter Schwab

1. Introduzione

La lotta contro la corruzione rappresenta uno dei problemi centrali tanto degli Stati contemporanei quanto della comunità internazionale. Questo fenomeno è considerato dall’ONU come un “male insidioso” per le società moderne dal momento che lo stesso

* Contatto Jânia M. SALDANHA | janiasaldanha@gmail.com



indebolisce – se non distrugge – la democrazia e lo stato di diritto, viola i diritti umani, porta sfiducia per le relazioni commerciali, riduce la qualità di vita delle popolazioni, e favorisce lo sviluppo e la crescita della criminalità organizzata tra cui il narcotraffico e le pratiche terroristiche. Questo fenomeno è riscontrabile un po' in tutti i paesi, a prescindere dal livello di sviluppo economico o dalla grandezza, così come dimostra l'“Indice di Trasparenza Internazionale dell'anno 2017”¹. Nella “mappa della corruzione” tracciata da questo rapporto si evidenzia che la corruzione è più presente nei paesi in via di sviluppo. Inoltre, all'interno dell'edizione del 2018 del medesimo rapporto si afferma che l'aumento della corruzione in vari paesi ha contribuito in modo significativo a mettere in crisi il modello di democrazia a livello globale².

Bisogna premettere che sono le persone meno abbienti a soffrire maggiormente degli effetti distruttivi della corruzione dal momento che sottraggono risorse fondamentali per promuovere sviluppo ed equità, per assicurare i servizi di base, soprattutto quelli volti all'attuazione dei diritti economici, sociali e culturali. La disuguaglianza prospera, la giustizia sociale si dissolve, la sfiducia da parte degli imprenditori aumenta, e diminuisce la convinzione relativa alla necessità delle istituzioni per il funzionamento dello stato di diritto e della democrazia.

Per la realizzazione della ricerca da cui è tratto il presente articolo è stato utilizzato, si è partiti dall'analisi delle contraddizioni interne al tema della corruzione, con lo scopo di trarne una sintesi, per poi inquadrare il fenomeno sotto una duplice prospettiva, antropologica e politica, al termine della quale è stato possibile affermare che la corruzione è distruttiva tanto per le istituzioni democratiche, tanto per la struttura del mercato del lavoro.

2. La doppia faccia della corruzione: più di un teatro, meno della verità

A livello simbolico, la corruzione presenta una doppia faccia. Sebbene si tratti di un crimine descritto in maniera molto diversa nelle varie legislazioni nazionali, tuttavia, la sua

¹ Transparency International (2017) *Corruption Perceptions Index*, consultabile al seguente indirizzo https://www.transparency.org/news/feature/corruption_perceptions_index_2017.

² Transparency International (2018) *Corruption Perceptions Index*, consultabile al seguente indirizzo https://www.transparency.org/whatwedo/publication/corruption_perceptions_index_2018.



connotazione fondamentale resta l'uso della legge per coprire, dissimulando, l'intento corruttivo Dopodiché, nella misura in cui necessita della cooptazione delle volontà e del convincimento per mantenere l'apparenza di una verità che si presta a nascondere l'illecito commesso, assume i tratti di una "perversione".

2.1. Più che un teatro: un crimine tra dissimulazione e perversione

Sebbene la corruzione sia un fenomeno globale, una volta venuti meno i parametri normativi internazionali sul tema, gli ordini interni connotano questo crimine attraverso molteplici forme³. In sostanza, la ragione il denominatore comune della lotta alla corruzione risiede nella difesa dell'integrità dello spazio pubblico o, addirittura, della 'ragione pubblica' e dei 'beni comuni'⁴ dal momento che la corruzione agisce all'intersezione tra pubblico e privato. A questa caratteristica se ne aggiunge una di maggiore gravità, ovvero, il fatto che nella corruzione v'è qualcuno che viola la legge alla cui osservanza è preposto. Così facendo, si indebolisce la concezione consolidata nel tempo che l'equidistanza del pubblico da qualsiasi interesse privato sia un pilastro dei sistemi democratici.

La corruzione, pertanto, si alimenta della propria invisibilità nella misura in cui dà l'impressione che la legge sia applicata e che le istituzioni funzionino regolarmente. Di fatto, essa fagocita ed erode la legalità, poiché in ogni altro tipo di crimine è il criminale stesso che deve sforzarsi per nascondere le prove di quanto da lui compiuto. Nella corruzione, invece, la legalità nasconde l'illegalità. Dal momento che la corruzione non ha una vittima immediata, la sua violenza non produce ferite e dolore, perché è una violenza dissimulata⁵. Infatti, trattandosi di un tipo di violenza politica, la sua materialità non può essere comprovata da un

³ Nel diritto brasiliano questo crimine è codificato all'articolo 318 del Codice Penale, il quale stabilisce la corruzione passiva, condotta propria dell'impiegato pubblico, consistente nella richiesta o ricevimento di un vantaggio indebito in ragione del proprio ruolo pubblico. D'altra parte, l'articolo 333 C.P. prevede la corruzione attiva, ovvero, la condotta di qualsiasi persona che offre o promette vantaggio indebito all'impiegato pubblico, per determinarlo a praticare, omettere o ritardare un atto del proprio ufficio. Nel 2013 il Brasile ha approvato la Legge anticorruzione n. 12846.

⁴ È problematico inquadrare il ruolo della sfera pubblica tanto nel contrasto delle pratiche di corruzione tanto nel suo sviluppo, così come fatto notare da diversi autori della Scuola di Francoforte e da B. Santos nei lavori sul governo informale, e in particolare (2014) *O direito dos oprimidos*, Coimbra, Almedina. Sul punto si veda inoltre, F. Rubino (2008) *Per la critica del modello europeo. Le quattro dimensioni della crisi economica, politica e culturale della democrazia europea*, Trento, UniService; F. Rubino, (2004) "I processi di ristrutturazione globale e la governance europea come modello intermedio di governo dell'economia", in G. Borrelli [a cura di] *Governance*, Napoli, Dante & Descartes, p. 55.

⁵ A. Garapon (2014) "La peur de l'impuissance démocratique", *Esprit* 2, 19-30.

corpo del reato o da un cadavere. Per questo, d'altronde, è così difficile combatterla e sradicarla. La corruzione è una violenza alla legge, e la sua vittima è la società tutta⁶.

La corruzione non consiste in una semplice trasgressione della regola per opposizione o difformità da essa. La corruzione, piuttosto, consiste in una falsificazione della regola che si traduce nella neutralizzazione e snaturamento della legge stessa. Come afferma Garapon, trasgredire la regola è contestarla, falsificarla è squalificarla⁷. In tale falsificazione c'è una sorta di perversione dal momento che tale perversione non induce appena una degradazione progressiva della fiducia nelle istituzioni, ma della fiducia in coloro che devono assicurare l'integrità della legge e delle istituzioni democratiche. Questo deriva dal fatto che la corruzione ha per obiettivo il soddisfacimento di interessi personali per mezzo delle istituzioni pubbliche. Essa non è tanto un sintomo delle nostre società guidate – e consumate – dal concorrenza neoliberale, quanto piuttosto l'effetto di forme di vivere all'insegna dell'individualismo e dalla mercificazione.

Capire che la corruzione implica una perversione deriva dal fatto che quest'ultima evoca sempre l'impossessamento di un "altro" – la democrazia, il bene comune – con il fine ultimo di distruggerlo. A questo proposito, può valere la pena ricordare che Gilles de Rais, nobile francese considerato una delle figure perverse di tutta l'epoca medievale, nel praticare i più brutali crimini sessuali, in verità, non si prefiggeva di distruggere il nemico né di eliminare il suo avversario, ma piuttosto "sterminare l'umano nell'uomo"⁸. Utilitario, ridotto a un oggetto di consumo, quest'"altro" esiste solo nella misura in cui poteva servire da strumento dei desideri di chi corrompe e che, in questo senso, è il perverso. Desideri questi che, nel caso della corruzione, in genere, soddisfano interessi privati, ma che esistono solo se praticati collettivamente o in rete.

⁶ Siamo dinanzi al crimine perfetto delineato dal filosofo francese J. Baudrillard, dove il cadavere è il 'Reale', perduto nella "totalità della realtà integrata", e che quindi può esistere solo come riproduzione. Abbiamo così un "reale" rigido, performativo, codificato e informativo. La stessa perfezione e normativizzazione che tanto ci affascina si ripercuote sul mondo virtuale, finendo per annullare la realtà stessa in un doppio virtuale, un'illusione, il che equivale a 'eliminare' la morte: "Poi non si tratta più di morte e si di sterminio. Letteralmente sterminare significa privare qualcosa di suo fine, privarla di un suo proprio termine. Significa eliminare la dualità, l'antagonismo vita e morte, ridurre tutto a una specie di principio unico – potremmo proprio dire del 'pensamento unico' – del mondo, che si tradurrebbe in tutte le nostre tecnologie – oggi, soprattutto nelle nostre tecnologie virtuali" (J. Baudrillard (2002) *Parola chiave*, Roma, Armando, pp.60-61).

⁷ A. Garapon (2014), cit. p. 25.

⁸ É. Roudinesco (2012) "Visages de la perversion", *L'information psychiatrique*, 1(88): 5-12, p.8



Nel caso particolare della corruzione, l'agente corruttore di fatto cancella quanto vi è di democratico nella democrazia, i suoi principi e le regole. In questo senso, è evidente che la menzogna è un elemento costitutivo e necessario della perversione. Per sfuggire alla distruzione di un determinato bene – per esempio, la fiducia nelle istituzioni democratiche –, la perversione simula la separazione. Essa opera attraverso il clivaggio, l'ambivalenza e un doppio linguaggio⁹. In questo senso, la corruzione può essere intesa in termini di perversione. Questo fenomeno appare in differenti manifestazioni e a livelli diversi, come per esempio, la strumentalizzazione e la squalifica. Essendo esclusivamente umana, come riferisce Roudinesco, la perversione non è solo un fatto culturale, ma prescinde dalla parola e dal linguaggio¹⁰. Qui risiede il passaggio dalla sacralizzazione della perversione per la laicizzazione tanto necessaria in quest'era del capitalismo post-industriale e immateriale centrato nel piacere. Qui l'individuo è il re e la retorica è l'arte del convincimento¹¹. Dunque, la combinazione della corruzione con la perversione non cessa di rispondere alle patologie di quest'era post-freudiana nella quale le nostre società appaiono dipendenti e tossicomani. La corruzione si inserisce perfettamente in quest'era di post-verità in cui la rilevanza della verità dei fatti è inferiore al valore che è attribuito alle credenze e alle emozioni primarie.

Il corrotto usa la legge stessa per squalificare la legge, e in ciò consiste la perversione. Il perverso – quindi il corrotto – difende idee, valori morali e leggi che lui stesso infrange. Il comportamento corrotto, pertanto, consiste nel divario tra quello che è detto e quello che fatto, ovvero, nell'ingiunzione della perversione che assume le forme di un divieto di dire e di nominare. A causa di questo, la corruzione appare nella forma di un segreto e di una seducente complicità, di un clivaggio imposto o di un cinismo proclamato. Ancora, tale fenomeno si riveste di “dolce apparenza di una virtù oltraggiata”¹². Là, dove l'ansietà e la colpa sono i fondamenti della nevrosi, qui, nella perversione, quello che conta è la dissimulazione e la manipolazione. Per questo è che l'agente corrotto non risponde mai direttamente alle questioni che gli sono presentate, non fa nessuna comunicazione sull'origine

⁹ Sulla perversione come vertice del linguaggio, si veda A.J. Magliacane (2012) “Sur Sade: bête et esprit dans la réglementation”, in A.J. Magliacane, *Monstres, fantasmes, dieux, souverains La contraction symbolique chez Sade, Dick, Planck et Bene*, Paris, L'harmattan.

¹⁰ É. Roudinesco (2012), cit., p. 8.

¹¹ *Ibidem*.

¹² P. Vergnes (2018) “Nommer la perversion dans une société néolibérale déshumanisée”, *Agoravox*, consultabile all'indirizzo <https://www.agoravox.fr/tribune-libre/article/nommer-la-perversion-dans-une-200389>.



del suo “sapere”, eccetto nelle “delazioni premiate” che oggi sono diventate frequenti nel mondo criminale.

Ora, osservando le sofferenze sociali, le vulnerabilità estreme e le esclusioni prodotte dal modello di capitalismo post-industriale in cui viviamo, ci si rende conto di quanta perversità presenta questo sistema. Se il motto della corruzione è il lucro e il guadagno a qualsiasi prezzo, in questo combacia pienamente con il modello economico più generale, fondato sullo stesso desiderio di lucro e sulla competizione. Ma ciò non era presente nello *script* del grande teatro dell’economia capitalista. Resta tuttavia il fatto che l’effetto prodotto dalla corruzione sia contrario alla vocazione all’efficienza neoliberale.

Nella società disincantata nella quale viviamo, dove l’individualismo rappresenta un imperativo categorico, gli individui stessi sono trasformati e si auto-trasformano in merci¹³. Gli esponenti politici, attori centrali del crimine di corruzione, sono i perversi dell’era contemporanea. In questo senso, Roudinesco afferma che “tutte le grandi mitologie contemporanee riguardanti il complotto, la cospirazione o la truffa organizzata derivano, senza dubbio da un’evoluzione naturale della nozione di perversione”¹⁴. In questo senso, non spetta tanto rientrare alla biologia, alla medicina e alla psichiatria spiegare e dare senso a questa forma di perversione, ma piuttosto questo compito spetta al diritto. Quest’ultimo può contribuire a inquadrare questo fenomeno per comprendere il processo di distruzione della democrazia.

2.2. Dallo svuotamento delle istituzioni allo svuotamento del senso delle parole della democrazia: dalla *parrhesia* alla retorica

Il fatto che il fenomeno corruttivo assuma le forme di una rete è non solo il segreto del suo successo ma della sua stessa espansione a livello globale. Dal momento che è uno dei crimini più gravi in assoluto, la corruzione rappresenta una delle più grandi contraddizioni della globalizzazione¹⁵. Da un lato, essa è diventata rapidamente un fenomeno transnazionale

¹³ Z. Bauman (2008) *Vida para o consumo. A transformação das pessoas em mercadoria*, Rio de Janeiro, Zahar, p. 76

¹⁴ É. Roudinesco, (2008) *A parte obscura de nós mesmos. Uma história dos perversos*, Rio de Janeiro, Zahar, p. 193.

¹⁵ M. Delmas-Marty, (2006) *Les forces imaginantes du droit. Le pluralisme ordonné*, Paris, Seuil.



sotto il beneplacito del modello “sovranista”; dall’altro, nonostante la disponibilità di un quadro normativo globale, gli strumenti nazionali per reprimerla avanzano molto lentamente.

Secondo i dati forniti dal già citato rapporto sulla “Trasparenza Internazionale” il grado di restrizione all’esercizio delle libertà civili è direttamente collegato ai livelli elevati di corruzione¹⁶. Inoltre, essa ha un impatto anche sul livello di influenza che la società civile esercita nella definizione delle politiche pubbliche di uno Stato. Allo stesso tempo, tuttavia, la corruzione mantiene svuota le istituzioni di un senso di realtà, operando persino al livello del linguaggio e del significato delle parole come dice Garapon rispetto al Górgias platonico¹⁷. Grazie all’analisi che Ricouer fa di quest’opera, è possibile comprendere che vi è un rapporto diretto tra tirannia e la corruzione che affligge il tempo presente¹⁸. Per Ricouer, la “tirannia non è possibile senza una falsificazione della parola”, attraverso la quale è possibile intravedere la perversione della politica¹⁹. Secondo Ricouer, Platone ha scoperto un aspetto del male politico differente dal potere, ma intimamente collegato a questo, ovvero, l’“adulazione” e la “bugia”. Per Platone, si tratta di persuadere attraverso la retorica e non per mezzo della verità. Così essendo, la politica resta lontana dalla parola che è manifestazione primaria dell’umanità. È il *logos* che rende possibile la comunicazione “umana”. In questo senso, pertanto, la bugia e l’adulazione, in quanto strumento di una cattiva politica, inficiano ciò che è all’origine stessa dell’uomo, ovvero, la parola, il discorso e la ragione²⁰.

Da diverso punto di vista, inoltre, richiamare la differenza socratica fra *parrhesia*²¹ e retorica può essere utile a spiegare il posto che la corruzione occupa nella nostra cultura. Negli anni ottanta del XX secolo, Michel Foucault si è dedicato al tema della verità, mostrando quanto essa coinvolgesse il gioco dell’opposizione fra *parrhesia*²² e confessione, quello tra *parrhesia* e retorica. La dissimulazione della legge in cui consiste la corruzione corrisponde pienamente alla comprensione della retorica come qualcosa che “si concentra nel

¹⁶ Transparency International (2017), cit.

¹⁷ A. Garapon (2014), cit.

¹⁸ P. Ricouer, (2001) *Histoire et vérité*, Paris, Essais.

¹⁹ *Ibidem*.

²⁰ *Ibidem*.

²¹ A questo proposito, si veda l’analisi sviluppata da M. Foucault nell’ultimo corso tenuto al *Collège de France*, nel 1984, (2011) *A coragem da verdade*, San Paolo, Martins Fontes.

²² Per Foucault, il termine sta a significare la franchezza nel parlare, la libertà e la volontà di esprimersi, e come si ritiene opportuno farlo. In M. Foucault (2004) *A hermenêutica do sujeito*, San Paolo, Martins Fontes, p. 451.



modo di dire e non tanto nella verità del detto²³. Nella *parrhesia*, al contrario, vi è la preoccupazione di distinguere il vero del falso, di annunciare una verità che ritrae una convinzione personale. Diversamente, il problema del retorico, nella misura in cui esso assume le forme di un corrotto, non è credere ma fare credere. Infatti, non è un caso che la retorica sia l'arte di persuadere e di pretendere convincere l'interlocutore – l'individuo o il popolo – vuole di una verità, di una bugia, di una non verità.

Secondo Foucault, pertanto, la retorica si oppone alla *parrhesia* alla stregua di un avversario tecnico. Ma ricercando nelle lezioni aristoteliche, Foucault dice che la retorica “consiste nel potere di trovare l'argomento capace di persuadere”. Il corrotto, sia un agente pubblico o privato, non può prescindere dalla retorica. In quanto tecnica, essa è orientata a una verità conosciuta dal corrotto, ma non alla verità di ciò che è detto. Per questo, essa è contraria alla *parrhesia*, poiché quest'ultima può esprimere solo “verità”. Sin dall'antica Grecia, quello che definisce la retorica è l'argomento trattato²⁴. Tuttavia, il problema sorge quando il suo uso contribuisce all'elaborazione di un processo di distruzione dei simboli delle istituzioni che sono necessarie alla vita democratica.

Diversamente dalla retorica, pertanto, la *parrhesia* non è un'arte, poiché in ultima essenza, essa determina le regole della prudenza, ovvero, le condizioni che fanno in modo che si debba dire la verità in un determinato momento. In fondo, tali condizioni comportano un agire etico e l'obbligo di tenere in considerazione coloro ai quali ci rivolgiamo. In democrazia, pertanto, è questo tipo di condotta che ci si aspetta dagli esponenti politici in quanto custodi dei “beni comuni”. Nella teoria economica neoliberale non ci sarebbe posto per tale sorta di condotta dal momento che il bene comune primario è la prosperità economica, che si raggiunge attraverso l'autoregolamentazione dei mercati, come sostenuto da von Hayek o da Friedmann²⁵.

In verità, poco importa quanta comprensione il corrotto possa avere rispetto alle regole e ai principi democratici. La sua condotta implica un'appropriazione discorsiva dei simboli della democrazia mentre si alimenta l'illusione del loro rispetto, il che si traduce in una distruzione degli stessi. La discussione pubblica (ossia, la visione tradizionale e storica

²³ Questa riflessione è stata realizzata da quello che è considerato uno dei più grandi interpreti francesi dell'opera foucaultiana, ovvero, F. Gros. A questo proposito si veda “A parrhesia em Foucault (1982-1984)”, in F. Gros [a cura di] (2004) *A coragem da verdade*, San Paolo, Parábola Editorial, p. 157.

²⁴ M. Foucault (2004), cit. pp. 461 ss.

²⁵ F. Flahault (2011) *Où est passé le bien commun?*, Parigi, Mille et une nuits, pp. 130-131.

della *parrhesia* quando collegata alla voce della Nazione, che può essere emancipatrice, recriminante o regressiva e repressiva) fundamenta e legittima il governo del territorio. In questo senso, quello che conferma l'ambiguità della forma di governo e di Stato nordamericana, per esempio, è che la repubblica e democrazia tendono a coincidere: la democrazia prendendo il carattere dello spazio pubblico regolato e gestito dalla pubblica opinione.

Per quanto sia complicato descrivere il fenomeno della corruzione in tutte le sue sfaccettature, ci sembra tuttavia necessario evidenziare che quello che viene mostrato da mass media e altri canali di informazione non è altro che la punta dell'iceberg, rappresentata dai grandi scandali che coinvolgono celebrità del mondo della politica, delle finanze, dell'impresa, dello sport, del cinema, ecc. Il problema, invece, è analizzare la corruzione quale fenomeno globale, "un male strutturale" che assume proporzioni abnormi e le cui dinamiche sono estremamente atomizzate. D'altra parte, e forse ancora più perversamente, l'invisibilità della corruzione strutturale – in quanto fenomeno atomizzato – ha come maggior corollario l'impunità dei loro autori, attivi e passivi, privati e pubblici, anche considerando il suo reiterarsi nel tempo. Quanto ai soggetti pubblici, per quanto questi ultimi possano far parte dei quadri inferiori dell'amministrazione pubblica, le loro attribuzioni funzionali assumono comunque una valenza strategica nell'ottica corruttiva, poiché investono aree significative per l'implementazione delle politiche pubbliche, anche relative all'attuazione e garanzia dei diritti civili e politici, e di quelli economici, sociali e culturali. Per esempio, i corpi di polizia di alcuni paesi, condizionati dalla diffusione della corruzione, spesso contrastano il narcotraffico smantellando le "bocche di lupo" nelle *favelas* delle grandi città, agendo in maniera teatrale e col sostegno di un discorso moralista, e in questo modo deviano l'attenzione dei cittadini dai grandi trafficanti che godono di protezioni sociali, politiche e persino di tipo militare.

Le riflessioni appena esposte ci permettono di ricordare di un episodio recente relativo alla compravendita di posti per accedere alle più prestigiose università statunitensi. Come noto, attori e attrici, personaggi di successo e grandi imprenditori, avvalendosi del proprio prestigio sociale, del potere economico e di una rete di corruzione, hanno corrisposto ingenti

somme per far sedere i loro figli sui banchi di tali università²⁶. Ora, mentre i mass media e il sistema di giustizia si occupano dei grandi scandali, la corruzione strutturale e che agisce nelle reti di potere disseminate nella società e nell’ambito pubblico è pressoché invisibile, e quindi può agire indisturbata. Su questo tema, è interessante rifarsi al contributo di Michael Johnston sulla diffusione della corruzione negli Stati Uniti. Nelle sue analisi, Johnston indica che le classifiche globali si interessano alla “corruzione di alto livello”, ignorando le pratiche corruttive minori, a livello locale. Anche se la gran parte degli americani considera i governi locali meno corrotti di quelli degli Stati federali e del governo presidenziale, l’autore ricorda come alcune pratiche corruttive sconosciute ai cittadini – come la formula “pagare per giocare” – siano diffuse soprattutto presso gli enti municipali²⁷. Infatti, il sistema di corruzione istituzionalizzata può trarre enormi benefici da quello che possiamo denominare il “trucco dell’illusionista”, cioè, il fatto che si sia indotti a credere che la corruzione viene combattuta, quando è appena il suo aspetto meno insidioso ad essere contrastato. Invero, nonostante l’esistenza di una normativa internazionale al riguardo, la sua applicazione deve ritenersi a macchia di leopardo, il che contribuisce alla perpetrazione di un sistema di corruzione sotterranea che penetra tutti i gangli del sistema sociale ed economico.

In Brasile, spesso i mass media, talvolta con la complicità della polizia e di alcuni giudici promuovono teatrali campagne anticorruzione coinvolgendo, per esempio, politici famosi e che occupano posizioni di potere e cariche di prestigio, come nel caso dell’operazione *Lava Jato*. A dispetto di ciò, tuttavia, la corruzione strutturale prolifera nell’oscurità anche grazie alla sofisticazione delle nuove tecnologie, come nel caso del *blockchain* attraverso cui transitano le criptovalute usate per *cybercrimini* che, in buona misura, si fondano su pratiche corruttive.

Un’altra ragione che giustifica il contrasto più assoluto della corruzione risiede nel funzionamento del modello di economia neoliberale, il cui simbolo per eccellenza è, come noto, la concorrenza. Questo meccanismo è minacciato dalla corruzione poiché il modello concorrenziale presuppone, almeno in minima misura, il rispetto delle regole del gioco.

²⁶ Cfr. *Fraudes na seleção de universidades nos EUA envolvem até estrelas de Hollywood*, El País International, 13 marzo. 2019, consultabile al seguente indirizzo https://brasil.elpais.com/brasil/2019/03/12/internacional/1552408173_841838.html; *Aux États-Unis, deux actrices accusées d’avoir versé des pots de vin pour admissions universitaires*, France 24, 13 marzo 2019, consultabile al seguente indirizzo <https://www.france24.com/fr/20190313-etats-unis-huffman-loughlin-corruption-universite>.

²⁷ M. Johnston (2012) “Le contrôle de la corruption aux États-Unis: La législation, les valeurs et les fondements politiques de la réforme”, *Revue Internationale de Sciences administratives*, 2(78).



Poiché la corruzione agisce nell'oscurità, è chiaro che le regole del gioco, quando rispondono ai propositi degli agenti corrotti devastano il libero mercato. Tuttavia, da diverso punto di vista va anche fatto notare che è proprio il modello economico neoliberale a contribuire in maniera significativa alla proliferazione delle pratiche corruttive, soprattutto nella misura in cui ha modificato in profondità la stessa soggettività umana, *rectius*, desideri, valori e aspirazioni degli individui.

3. La doppia dimensione della corruzione: un problema politico e di *governance*

La corruzione non ha solo una dimensione economica – che come appena visto, è intimamente connessa al modello neoliberale – ma è anche un problema politico perché favorisce la commistione di interessi illegittimi fra pubblico e privato, e riposa in ultima essenza sugli esponenti politici per potersi propagare.

3.1. La corruzione e il neoliberalismo: la logica della massimizzazione della ricchezza e della concorrenza

Per ragioni di brevità, in questo lavoro non si intende definire compiutamente il modello neoliberale, anche in considerazione della grande varietà di correnti e autori che sarebbe necessario prendere in considerazione a tal fine – su tutte le correnti liberali classiche²⁸ e quelle “ordoliberali”²⁹. Tuttavia, per le finalità di questo lavoro, si può ritenere sufficiente fare riferimento al fatto che il neoliberalismo si è imposto in controtendenza al c.d. “nuovo liberalismo”. Quest’ultimo, infatti, muove dal lavoro J. M. Keynes, e sorge dalla necessità di ripensare l’allocazione dei mezzi economici, giuridici, morali e politici in modo da favorire l’esistenza di una società più equa. Per contro, il paradigma neoliberale si è sviluppato in tutt’altra direzione. Trasformando la società e le sue istituzioni in soggetti d’impresa, ha trasformato profondamente la soggettività umana, soprattutto con riferimento al tema del lavoro e della produzione, che oggi diviene un soggetto a cui è richiesto di mettersi

²⁸ Sul tema cfr. P. Dardot, C. Laval (2009) *La nouvelle raison du monde. Essai sur la société néolibérale*, Parigi, La Découverte.

²⁹ Per approfondire il tema si rinvia alla lettura di M. Foucault (2010) *Nascimento da biopolítica*, San Paolo, Martins Fontes.



in concorrenza per produrre performance personali e, correlativamente, ambire al massimo godimento individuale possibile³⁰.

In quest'era di 'godimento', la perversione e il rifiuto dei limiti sono elementi fondamentali. Non è un caso che oggi si sprechino descrizioni dell'uomo iper-moderno, precario, fluido, senza gravità, ossia, nuove figure d'uomo che rappresentano un profondo cambiamento nell'economia psichica e che sono strettamente correlate al passaggio dalla modernità alla post-modernità. Nelle ultime tre decadi del secolo XX, pertanto, quello che è sorto è l'uomo-impresa, l'uomo competitore, confezionato su misura dalle esigenze del mercato globale e al contempo vittima di quest'ultimo³¹. La logica della complementarità della politica liberale è stata sostituita dalla logica dell'eliminazione – attraverso la concorrenza – vera ispirazione del neoliberalismo. In questo senso, lungi dal rischio di un 'darwinismo sociale' abbiamo quello che secondo Dardot e Laval è una sorta di concorrenza sociale³². In effetti, se questo movimento trasformatore ha origine nel secolo XIX, l'esplosione del modello neoliberale tale e quale lo conosciamo fiorisce negli anni 70 e 80 con Reagan e Thatcher³³. Esso non rappresenta meramente una reazione alla crisi del petrolio e all'inflazione, ma piuttosto un movimento più ampio di rottura con il *welfare state* della socialdemocrazia. I due governi conservatori, americano e inglese, hanno messo in discussione la regolamentazione dell'economia di derivazione keynesiana, collegata alla proprietà pubblica dell'impresa, al sistema fiscale progressivo, alla protezione sociale, al controllo del sistema privato attraverso regole rigorose, al diritto del lavoro e al ruolo dei sindacati. In questo senso, e con riferimento alla recessione economica di quegli anni, è divenuta celebre l'espressione di Ronald Reagan presentata nel corso della sua prima manifestazione pubblica, ovvero, *gouvernement is not the solution to our problem; gouvernement is the problem*³⁴. Sorse così una complessa strategia (neoliberale) rappresentata da un insieme di discorsi, pratiche e dispositivi di potere che puntavano a creare condizioni politiche destinate a modificare il funzionamento dell'economia e le relazioni sociali in maniera profonda. La concorrenza diviene la stella polare di una nuova forma di governare le

³⁰ C. Melman, J. Lebrun, (2008) *O homem sem gravidade. Gozar a qualquer preço*, Rio de Janeiro, Companhia de Freud.

³¹ P. Dardot, C. Laval (2009), cit. p. 343.

³² *Ivi*, p. 139.

³³ *Ivi*, p. 278.

³⁴ Cfr. T. Demichele, *Reagan Said, "Government is the Problem"*, consultabile all'indirizzo <http://factmyth.com/factoids/reagan-said-government-is-the-problem/>.

dinamiche economiche e sociali. Si assiste pertanto al superamento dell'ordine economico fordista e keynesiano, ancorato a un altro modello di concorrenza, definito attraverso regole fisse comuni in materia di politiche commerciali e di fruizione e condivisione del profitto, e dallo stabilimento di un insieme di prescrizioni che dovrebbero essere seguite in maniera uniforme da una serie di paesi, tra cui soprattutto quelli in via di sviluppo.

Attraverso il 'Consenso di Washington', quindi, non solo si sono esortati i paesi in via a liberalizzare i propri mercati interni più rapidamente possibile, ma si è anche indotto un significativo cambiamento nel controllo delle imprese attraverso lo sviluppo del capitalismo finanziario mondiale. Quindi, la comparsa della c.d. *governance* corporativa ha risposto direttamente alla necessità di assunzione del controllo di gestione delle imprese da parte dei propri manager, il che ha fatto sì che il ruolo degli azionisti diventasse meramente 'cerimoniale' come ha sostenuto John Kenneth Galbraith³⁵, e come ha dimostrato, tra l'altro, il più recente scandalo che ha coinvolto l'impresa 'Odebrecht' in Brasile.

In questo contesto, si è assistito alla graduale estensione della razionalità di mercato a tutta la società, attraverso l'accondiscendenza dello Stato, costretto infine a trasformarsi esso stesso. In un certo senso, infatti, si potrebbe dire che il neoliberalismo, lungi dal voler eliminare lo Stato, ha in esso un alleato fondamentale come dimostrano gli aiuti statali alle istituzioni finanziarie durante la crisi economica del 2008 in quella che è apparsa la più evidente conferma della 'follia della ragione economica' già intravista un secolo prima da Karl Marx³⁶. In altre parole, lo Stato non solo ha giocato un ruolo principale nella diffusione della razionalità propria della concorrenza, ma si è conformato a tale razionalità in maniera determinante³⁷.

Alla base di questo modello vi sono i principi dell'*École du Choix Public*³⁸, che ha assunto rilievo negli Stati Uniti a partire dagli anni 60 del secolo scorso. Secondo i suoi postulati di teorici, fondati nel pensiero utilitarista di Jeremy Bentham, i soggetti pubblici non differiscono in nulla dagli altri individui e, per questo, possono essere considerati agenti

³⁵ J.K. Galbraith (2004) *A economia das fraudes inocentes*, San Paolo, Companhia das Letras, pp. 69-70.

³⁶ D. Harvey (2018) *A loucura da razão econômica. Marx e o capital no século XXI*, San Paolo, Boitempo, pp. 171-202.

³⁷ Naturalmente, a partire dall'analisi di Rosa Luxemburg sull'accumulazione del capitale (si veda, recentemente, in A. J. Magliacane, (2019) *Rosa, Lénine et la révolution*, Parigi, L'Harmattan; e lo studio pioniere, degli economisti nordamericani P. Baran e P. Sweezy, (1966) *Monopoly Capital: An Essay on the American Economic and Social Order*, New York, Monthly Review Press.

³⁸ Tale scuola ha come riferimento teorico principale James Buchanan.



mossi da egoismo e razionalità anche nell'esercizio della funzione pubblica, il che implica che gli stessi cercano di massimizzare il profitto tanto quanto i datori di lavoro e i lavoratori. Questo modello, tuttavia, riporta elementi che non sono teorici, ma pratici, derivanti dall'esercizio del potere, poiché non si tratta di razionalità derivanti dalla legge. In effetti, osserviamo soprattutto nelle democrazie occidentali una profonda modificazione che consiste nell'ampliamento dei "contratti" tra gli agenti economici e gli agenti politici e una riduzione d'importanza del ruolo della legge³⁹. Ciò si traduce in una restrizione della sovranità popolare (del potere rappresentativo) e in un contestuale aumento del potere degli individui (soggetti razionali)⁴⁰. Nel modello neoliberale, inoltre, la legge possiede qualcosa di fortemente pratico, come ha fatto notare Foucault in "Sicurezza, territorio e popolazione", essendo subordinata alla "norma", il che implica che neoliberalismo funzioni attraverso la norma e il calcolo, ovvero, la legge vale nella misura in cui possa rivelarsi un "un mezzo pratico".

Gli Stati Uniti, inoltre, presentano una curiosità degna di nota nel fare del diritto un'arma della guerra economica intrapresa a danno di altri paesi sovrani⁴¹. Applicando la normativa anticorruzione statunitense alle imprese straniere, di fatto, agevolano quelle autoctone poiché il tipo di corruzione da quella contrastata è quel tipo di corruzione "grossolana", molto distante dalla realtà statunitense, dove la razionalità neoliberale ha generato forme di corruzione altamente sofisticate. Inoltre, gli organi del governo statunitense, attraverso l'uso del potere politico e dell'*expertise* tecnica in loro possesso forniscono alle loro imprese orientamenti strategici sul mercato globale favorendole dinanzi alle concorrenti straniere nell'evidente intento di preservare la propria egemonia economica.

Non è un caso che il *Trade Promotion Coordinating Committee* (TPCC) permette e facilita lo scambio di informazioni interne fra il settore pubblico e quello privato, raggruppando i principali dipartimenti del governo statunitense. In particolare, l'*Advocacy Center* non solo si occupa di aiutare le imprese statunitensi a conquistare i mercati all'estero, ma mantiene anche efficienti metodi di sorveglianza e controllo sulle attività delle imprese straniere. Ancora, si segnalano: il *National Economic Center*, il quale raccomanda al governo le strategie economiche da seguire; l'*International Trade Administration*, il quale monitora gli accordi commerciali internazionali; lo *US and Foreign Commercial Service*, che riunisce

³⁹ B. Frydman (2016) *O "fim" do Estado de Direito*, Porto Alegre, Livraria do Advogado.

⁴⁰ T. Todorov (2012) *Les ennemis intimes de la démocratie*, Parigi, Le livre de Poche, pp. 162-3.

⁴¹ A. Laidi (2019) *Le Droit, nouvelle arme de guerre économique*, Parigi, Actes Sud.



più di 2500 impiegati, fra cui agenti diplomatici, per sostenere le imprese nella conquista dei mercati internazionali. Con l'ausilio di questo apparato, la corruzione, così come descritta sopra, è sostituita dal controllo del mercato e delle migliori opportunità per le imprese statunitensi.

Con riferimento alle forme di corruzione che abbiamo definito come “grossolane”, pertanto, in questo gioco di interessi tra attori pubblici e privati, tali pratiche generano un duplice effetto deleterio: invalidano le regole della concorrenza, indebolendo la razionalità neoliberale, e dall'altra favoriscono l'espansione stessa di tali pratiche della corruzione. In questo stesso senso, si può dire che il concetto di governabilità, inteso come azione diretta a orientare il comportamento degli individui, ha permesso di riportare in auge il concetto *benthamiano* di disciplina, adattato alle necessità del libero mercato. Ricordano Dardot e Laval che il modello disciplinare ha contribuito notevolmente per lo sviluppo della *governance* neoliberale⁴². In realtà, Foucault (2010) già richiamava l'attenzione sul fatto che il tipo di sorveglianza – e di disciplina – applicato a istituzioni come ospedali e prigionieri raggiungeva le forme tipiche del “Panopticon”⁴³. Questo modello era a sua volta funzionale agli interessi del mercato, e permetteva di ri-orientare la condotta degli individui considerati “liberi da scegliere”, in modo che si “autogovernassero”⁴⁴.

L'illusione che gli individui abbiano libertà di scelta soddisfa ovviamente soltanto gli interessi del modello economico neoliberale, e al contempo alimenta potenza l'utopia del mercato quale istituzione pura e perfetta. Il mercato tuttavia rompe il legame tra economia e realtà sociale, e conduce a un sistema economico conforme al modello teorico neoliberale. Inoltre, nel convertire un “programma di conoscenza scientifica” in un programma di azione politica, mette in questione tutti gli elementi capaci di contestare la logica del mercato, come la nazione, i gruppi di lavoro, i collettivi di tutela dei diritti, i lavoratori, le minoranze, ovvero, le componenti più vulnerabili della società. L'“autonomia del Politico” per quanto riguarda i gradi di libertà dell'economia, assume allora aspetti fondamentali di responsabilità (fino alle numerose visioni di *accountability* che oggi dominano il dibattito sulla transizione di poteri tra i soggetti pubblici e gli attori privati). D'altra parte, i messaggi pubblicitari e le strategie di marketing ampiamente diffuse e facilitate dalle nuove non soltanto hanno

⁴² P. Dardot, C. Laval (2009), cit. p. 300.

⁴³ J. Bentham (2008) *O panoptico*, San Paolo, Autêntica.

⁴⁴ P. Dardot, C. Laval (2009), cit. p. 302.



contribuito alla formazione della società di massa – nella quale gli individui sono condannati ad adottare comportamenti uguali – quanto, fondamentale, a condurre le scelte razionali dei consumatori verso l’acquisto dei migliori prodotti e dei migliori fornitori di servizi, scelte queste che permettono un più grande controllo delle vite private in un ambiente economico-politico-sociale colonizzato dal paradigma della flessibilità. Trasformare l’individuo in un “soggetto consumatore” controllato non sarebbe stato possibile se non per mezzo di una logica esistenziale volta alla massimizzazione delle ricchezze e del profitto, il che fa sì che i difensori di questo modello economico confondano “le cose della logica con la logica delle cose”⁴⁵. Pertanto, è in questo nuovo contesto culturale che le forme contemporanee di corruzione hanno incontrato un terreno ideale per prosperare. Infatti, la mancanza di potere dei politici fronte al programma neoliberale comporta che questi ultimi si adeguino *sic et simpliciter*, constringendoli a uno stato d’“insignificanza”, in una sorte di esercizio “nullo” della politica, o come ha qualificato Castoriadis, in una condizione molto peggiore, quella della complicità. Ottenere il potere o conservarlo, quale interesse egoistico che fa parte della trasformazione del soggetto in individuo precario, rappresenta l’obiettivo primario di questa classe politica che ha sconvolto la politica stessa dal momento che la conquista del potere ha presupposto la saggezza e l’esercizio del governo⁴⁶.

3.2. La corruzione tra denaro e politica

Il rapporto tra denaro e politica sempre è stato problematico. Tanto i greci quanto i romani hanno messo in discussione tale rapporto alla luce della rete di interessi che si sviluppa tra i detentori del potere politico e gli attori economici. Émile Zola, nell’opera *L’Argent*, descrive la vicinanza tra speculazione finanziaria e erotismo e dà attualità alla figura del sicofante. Malgrado questa figura si sia trasformata lungo i secoli nell’archetipo del delatore, nella sua origine, era il cittadino “vigilante” che denunciava il malfunzionamento della “città”⁴⁷. L’opera citata consiste in una delle tante rappresentazioni letterarie del secolo XIX che hanno svelato gli effetti distruttivi dei rapporti di convivenza tra gli interessi

⁴⁵ P. Bourdieu (1998), “L’essence du neoliberalismo”, *Le Monde Diplomatique*, consultabile all’indirizzo <https://www.monde-diplomatique.fr/1998/03/BOURDIEU/3609>.

⁴⁶ C. Castoriadis (1998) “Stopper la montée de l’insignifiance”, *Le Monde Diplomatique*, consultabile all’indirizzo <https://www.monde-diplomatique.fr/1998/08/CASTORIADIS/3964>.

⁴⁷ É. Zola (1891) *L’Argent*, Bibliothèque électronique du Québec, consultabile all’indirizzo <https://beq.ebook.sgratuits.com/vents/zola-18.pdf>.



economici e gli interessi politici. Riprendendo questo tema risalente, è possibile capire che l'ansia per la ricchezza è divenuta il filo conduttore dei rapporti tra politica e economia. Già all'inizio del secolo XX, in un libro seminale, Georges Simmel ha affermato che niente più che la "forma del denaro" stimolerebbe lo sviluppo della corruzione, Tuttavia, non sono solo i capitalisti ad aspirare alla ricchezza. Grandi casi di corruzione dei tempi recenti coinvolgono anche soggetti che fanno parte di altre élite specifiche rispetto a quella più ristretta della politica. Sono i principi del settore privato ad aver influenzato fortemente la comparsa del *New Public Management* che può ritenersi il seme della cooperazione pubblico-privato, avendo facilitato la diffusione delle pratiche di corruzione e il fallimento dell'idea di nazione come ha affermato Tocqueville, secondo il quale, il desiderio di arricchirsi a tutti i costi, il gusto per gli affari, l'amore per il guadagno, la ricerca del benessere materiale, sono passioni umane comuni che non conoscono classi sociali e che possono portare alla degradazione di intere nazioni, se non adeguatamente controllate⁴⁸.

Su questo punto, Patrícia Moreira afferma che la "corruzione mina la democrazia e produce un ciclo vizioso, corrodendo le istituzioni democratiche e indebolendo, a sua volta, quelle istituzioni deputate al suo controllo"⁴⁹. Infatti, la perdita di fiducia da parte della popolazione nella probità dei politici è un fenomeno osservabile in molti Paesi. Tale perdita di fiducia può essere connessa a numerosi fattori. Lescoumes e Le Hay dimostrano che è l'importanza assunta dal denaro nelle nostre società ad indicare il livello di compiacenza con la corruzione⁵⁰. Queste conclusioni derivano da una ricerca realizzata in Francia, sulla base della quale affermano che una visione positiva del denaro fa sì che gli individui abbiano maggiore fiducia nella vita pubblica e una maggiore tolleranza al clientelismo. *Au contraire*, una immagine negativa del denaro si associa a una maggiore diffidenza nei politici e una forte riprovazione del clientelismo. Uno dei risultati più importanti di questa ricerca è quello che evidenzia la rilevanza della percezione del denaro nelle rappresentazioni sociali della politica. In questo senso, è stato dimostrato che la visione millenaria del denaro come qualcosa che "marcisce" tutto continua nell'era contemporanea.

⁴⁸ A. Tocqueville (1967) *L'ancien régime et la Révolution*, Parigi, Gallimard. p. 51.

⁴⁹ Transparency International (2018), cit.

⁵⁰ P. Lescoumes, V. Le Hay (2013) "Rapport à l'argent et conception de la corruption politique", *L'année sociologique*, 93: 222-60.

Dalla relazione tra denaro, corruzione e politica, emerge l'inquietante problema legato alla necessità di ristabilire il rapporto democratico tra governanti e governati, proprio in quest'epoca nella quale il neoliberalismo prospera e mantiene sulla linea dell'orizzonte la crisi di governabilità. Il ristabilimento di tale rapporto presuppone il recupero della fiducia nelle istituzioni, e nella loro capacità di perseguire il bene comune⁵¹. Da ciò dipende il reinserimento nella scena democratica dell'antica figura del *trustee* tipica del *common law*, il simbolo principale del "buon governo"⁵². Questo soggetto, non solo deve essere qualcuno di cui potersi fidare, ma dovrebbe anche essere virtuoso, come suggerisce l'allegoria del Buono e del Mal Governo di Lorenzetti⁵³.

Ma come garantire tale fiducia in uno scenario nel quale i politici dipendono dal finanziamento dei privati per mantenere le proprie posizioni di potere? La risposta va cercata nella relazione tra la distrazione dei fondi pubblici e le risorse dei privati, come è successo tanto in Italia con il caso eclatante di Mani Pulite negli anni 90 o in Brasile con i casi *Mensalão* e il già richiamato *Lava Jato*. In Brasile, la dissimulazione – caratteristica fondamentale della corruzione – riveste le forme del *caixa dois*, una pratica ricorrente nel comportamento dei partiti politici del paese, che si basa sulla creazione di una "riserva" finanziaria di provenienza illecita attraverso cui finanziare le pratiche corruttive e il voto di scambio con gli elettori. La logica clientelare che si accompagna all'economia del soggetto individuale alimenta tanto l'individualismo quanto l'"attivismo di consumo"⁵⁴, fattore noto ai politici che cercano di approfittarne per ottenere il successo. Marlon Reis⁵⁵, in una ricerca realizzata tra il 2007 e il 2011 ha intervistato vari politici brasiliani in forma anonima. La ricerca ha concluso che vi un vero *knowhow* di frode elettorale nella quale la voglia dell'elettore, l'elemento basilare delle democrazie rappresentative dove il valore della libertà sia una esperienza veramente concreta, alla fine diviene totalmente irrilevante.

Non è una novità che i fondi che alimentano la corruzione elettorale provengano dalle casseforti pubbliche attraverso pratiche come le offerte fraudolente che contano sulla partecipazione di imprenditori corrotti o su altre forme di l'appropriazione indebita, o gli

⁵¹ G. Simmel (1999) *Sociologie. Études sur les formes de socialisation*, Parigi, PUF, pp. 355-7.

⁵² Ulteriori informazioni in P. Rosanvalon (2015) *Le bon gouvernement*, Parigi, Seuil, 2015, p. 325.

⁵³ Dipinta da Ambrogio Lorenzetti sulle pareti del Palazzo Comunale di Siena, nel XIV secolo.

⁵⁴ Z. Bauman (2008), cit., pp. 138-185.

⁵⁵ M. Reis (2014) *O nobre deputado: relato chocante (e verdadeiro) de como nasce, cresce e se perpetua um corrupto na política brasileira*, Rio de Janeiro, LeYa, pp. 11-12.

emendamenti ai bilanci annuali, frutto di trattative tra i parlamentari e altri enti della federazione⁵⁶. L'elettore diviene parte di questo meccanismo con la partecipazione dei leader comunitari, i nostri *cabos eleitorais*, i quali si occupano di distruggere il mito del voto segreto attraverso il controllo che esercitano sul risultato delle urne, ossia, l'identificazione del numero di voti atteso da una famiglia, un gruppo, che diviene, a seguito dello scrutinio, la condizione per la conferma del pagamento del valore corrispondente al voto di scambio.

La corruzione è ancora più insidiosa, perversa e corrosiva della democrazia dopo che i politici corrotti arrivano al potere. Ed essa assume la forma di anticostituzionalità sostanziale in quanto permea il contenuto delle leggi. La legge, sebbene possa essere formalmente corretta e, quindi, in apparenza perfetta (da cui la dissimulazione), non rappresenta più la volontà popolare. Quello che dovrebbe essere il genuino senso del lavoro dei parlamentari sparisce nel mare di collusioni tra politici, gruppi e altri soggetti privati interessati a proteggere i propri interessi economici.

È opportuno riferire che nel corso della scrittura di questo testo, il Brasile, sbalordito, ha assistito a un'altra tragedia dovuta alla rottura di una diga nello Stato di Minas Gerais, in cui centinaia di persone hanno perso la vita e altre centinaia sono rimaste ferite. L'esistenza di strutture legali deboli per limitare l'attività predatoria e irresponsabile delle società responsabili per la manutenzione di queste opere derivano soprattutto dalle pressioni praticate dalle società estrattive sui politici e gli enti pubblici per assicurare che gli interessi economici di questi enti prevalgano sulle esigenze di tutela delle popolazioni locali e dell'ambiente.

Temi come l'inasprimento delle norme di rilascio delle licenze, imposizione di regole più rigide per la sicurezza delle dighe, definizione di una politica statale/regionale per proteggere i cittadini colpiti da tragedie come quella appena menzionata potrebbero evitare il ripetersi di tali episodi, che appaiono ricorrenti soprattutto nello Stato di Minas Gerais, dove il settore minerario rappresenta il 10% del PIL nazionale. La retorica dello sviluppo economico, sommata al desiderio di profitto da parte di tali società rappresentano i due fattori che ostacolano qualsiasi progresso legislativo, malgrado l'opposizione da parte della popolazione e delle organizzazioni non governative.

⁵⁶ R. Chemim (2017) *Mãos limpas e Lava jato. A corrupção se olha no espelho*, Porto Alegre, CDG. p. 23.

Anche se i partiti politici, soprattutto quelli di ideologia progressista, devono agire come “griglia di contenimento e di protezione”⁵⁷ ai principi democratici, l’erosione di questo ideale è stata evidente nella condotta dei parlamentari dell’Assemblea Legislativa dello Stato di Minas Gerais. Nel 2014, su un totale di 22 parlamentari facenti parte del comitato designato per la questione delle dighe⁵⁸, 19 avevano ricevuto donazioni in denaro in occasione di campagne elettorali, come si evince da dati del Superiore Tribunale Elettorale⁵⁹. Infatti, il modello di finanziamento delle campagne elettorali in Brasile fomenta la corruzione e indebolisce la democrazia, provocando una perdita di legittimità del potere politico e rafforzando le azioni predatorie dei detentori del capitale. In ambito nazionale la situazione è ancora peggiore poiché numerosi progetti di legge di tutela di istanze collettive si ingolfano o vengono addirittura archiviati, come successo al Senato Federale con il progetto di legge n. 224/2016 il cui contenuto prevedeva regole più rigide per la sicurezza delle dighe, poi archiviato alla fine del 2018. Alla Camera dei Deputati, i politici collusi con le aziende estrattive dell’area mineraria proteggono gli interessi economici di queste ultime. Per le stesse ragioni si vede la paralisi del disegno di legge n. 10.874/2018 che vieta l’attività mineraria nello spazio di 10 km nei dintorni delle unità di conservazione ambientale. Lo stesso dicasi con il Progetto di Codice di Attività Mineraria⁶⁰.

Queste operazioni descrivono una parte molto piccola della realtà corruttiva del paese. Anche se con la *Operação Lava Jato* molti politici corrotti sono stati condannati, la corruzione come crimine sistemico non accenna a diminuire. Al contrario, il recente Indice di Trasparenza Internazionale mostra che il Brasile ha ottenuto il 35° posto nella lista dei paesi più trasparenti, ossia, due punti in meno di quello dell’Indice del 2017. Anche gli Stati Uniti, dopo essere stato tra i 20 paesi meno corrotti, secondo l’edizione 2018 dell’Indice, hanno perso 4 punti nell’ultimo anno⁶¹.

⁵⁷ Su questo tema cfr S. Levitsky, D. Ziblatt (2018) *Como as democracias morrem*, Rio de Janeiro, Zahar, p. 20.

⁵⁸ In Brasile, a partire dalle elezioni del 2014 sono stati proibiti i finanziamenti privati ai partiti. Eventuali donazioni devono ora essere rivolte a persone fisiche, in conti ad esse intestate.

⁵⁹ Si veda *Lobby de mineradoras trava projetos de interesse público sobre barragens*, consultabile all’indirizzo <https://www.brasil247.com/pt/247/brasil/381968/Lobby-de-mineradoras-trava-projetos-de-interesse%C3%BAblico-sobre-barragens.htm>.

⁶⁰ J.M. Saldanha, C.R. Bohrz (2018) “Dupla influência e dupla projeção entre global e local: O “caso Mariana” e a (ir)responsabilidade social das empresas de mineração”, *Homa Publica*, 2(2): 156-203.

⁶¹ Transparency International (2018), cit.



L'Indice sulla Trasparenza Internazionale riporta anche che più di 2/3 dei 180 paesi osservati raccolgono meno di 50 punti⁶², considerando una media globale è di 43 punti⁶³. Questo quadro mostra anche che la corruzione trova nella globalizzazione un campo molto fertile per proliferare. I vuoti giuridici in materia di regolazione e le asimmetrie legislative, sono evidenti e numerosi. Le leggi nazionali non sono pensate per affrontare la corruzione sistemica, strutturale e organizzata in reti transnazionali. Lo scenario di collusione generalizzata, di prevalenza degli interessi delle oligarchie senza frontiere fa di questa l'alfa e l'omega della globalizzazione quando è, allo stesso tempo, consustanziale agli Stati stessi⁶⁴.

4. Considerazioni conclusive

Il rafforzamento delle istituzioni responsabili della preservazione degli equilibri su cui si regge l'esercizio del potere politico, della partecipazione della società civile, della critica al modello economico neoliberale e della difesa dello stato di diritto e dei principi democratici sono fattori fondamentali per combattere la corruzione. In questo lavoro, si è cercato di dimostrare che se un certo sentimento d'impunità a livello globale trova corrispondenza una "professionalizzazione" della corruzione, la traduzione degli individui in "soggetti-merce" resta difficile da percepire poiché, come già detto, la corruzione non ha vittime dirette e non produce un corpo del reato materiale com'è nel caso di altri crimini comuni. In questo senso, resta difficile da combattere perché è un fenomeno invisibile, perverso e dissimulato.

È appunto nell'apparenza della normalità di cui la corruzione si alimenta che la democrazia si erode lentamente assieme alle istituzioni deputate al suo contrasto. Essendo un "male originario" intrinseco all'esercizio del potere fin da tempi immemorabili, come ha sostenuto Céline Spector⁶⁵, l'unico modo per combatterla è rin vigorire le istituzioni della democrazia. Per fare questo, è forse necessario recuperare la "drammaticità" della politeia platonica. Vuol dire, il paradosso della riflessione platonica sulla *polis*, che non è solo utopia, ma serve per illuminare il suo realismo profondo, ossia, la comprensione pratica della politica

⁶² Lo zero esprime massima presenza di corruzione nel paese.

⁶³ Transparency International (2018), cit.

⁶⁴ P. Dardot, C. Laval (2009), cit., p. 191.

⁶⁵ C. Spector (2013) *Corruption. Dictionnaire Montesquieu*, consultabile all'indirizzo <http://dictionnaire-montesquieu.ens-lyon.fr/fr/article/1376473889/en>.

come “medietà” (la *phronesis* di Aristotele). Sia nella visione realista quanto in quella più utopica di Platone (dis-utopica), la Costituzione e la politica sono state sempre due facce di una stessa medaglia (ovvero, della città). Le parti che compongono la Costituzione della città come ordinamento politico variano, per Platone, così come variano le parti che costituiscono la *polis* e così come varia il sistema del suo affare secondo la distribuzione delle forze. In questo senso: “La Costituzione è ordinamento di posti, e queste funzioni, questi posti, tutti, si distribuiscono secondo la forza di quelli che fanno parte della Costituzione. (Política, IV, 1290 a)”.

Ancora, la *polis* è un complesso di “proprietà” e “virtù” specifiche, e non una “famiglia” di uomini tutti buoni (Política, III, 1276 b). La Costituzione, allora, presuppone il conflitto. Allo stesso tempo, il fine della costituzione, infatti, non è storicamente il ristabilimento dello “Stato sano” (una specie di mito dell’età dell’oro, quello che sarebbe l’impossibile indicato da Aristotele), ma la “cura” di quello che sta per perdere salute (l’ambiente, animali, ecc). Come abbiamo letto sulla *República*, frammento 373, la *polis* che deve essere costituita è già una *polis* “naturalmente” in guerra – e persino i guerrieri, di conseguenza, dovrebbero essere i suoi “guardiani”⁶⁶. La domanda da porsi è in quali condizioni è possibile una *polis* la cui molteplicità non sia sempre virtualmente, in modo virale, guerra civile.

Tutta la fase di costruzione dei “re-filosofi” affrontata nei libri V, VI, VII della *República* e che sorge non solo dall’allontanamento dell’ipotesi di uno “Stato sano”, ma dal riconoscimento che l’idea stessa della *polis*, in quanto tale, comporta una molteplicità di appetiti, uno “stato di guerra” e guardiani/ timoniere che non sono demoni felici (come al tempo di una eudamonia, quello che appunto non costituiva la *polis*), ma sono (almeno) *doubles*. Questi dovranno, sì, essere educati per sapere come governare/amministrare tale duplicità naturale, ma la loro anima rimane quella di qualsiasi altro uomo: lo spazio, la scena (del mondo)⁶⁷.

⁶⁶ È questo esattamente quello che incarna, nella linea della *phronesis* di Aristotele, la figura di Alessandro come conquistatore e, allo stesso tempo, eroe cosmopolitico. Quest’ambiguità costitutiva il fondamento della guerra imperialista occidentale, espansionista e poi colonialista o federalista.

⁶⁷ Così, lo stesso M. Cacciari (2013) *Il potere che frena*, Torino, Adelphi, traccia una distinzione ‘evoluzionista’ tra il caos costitutivo del popolo e l’impero come ‘potere che frena’ (nella sua analisi dei testi paolini, il popolo cristiano era il caos, e l’impero romano era il *katechon*, il potere che frena e che va divenire il potere della Chiesa Cattolica).

Sulla base di quanto precede, pertanto, si può affermare che, assumere una posizione di resistenza al modello economico neoliberale e ai suoi effetti invasivi attraverso la *governance* che ha trasformato lo Stato in un'azienda, è uno dei principali antidoti alla corruzione. La democrazia diventa una fiamma debole quando la corruzione, facendo uso della prima, distrugge le libertà individuali trasformandoli in interessi economici, smantella l'autorità della legge quando la fa diventare mera espressione delle "norme", ed elimina la divisione dei poteri facendo della stessa una mera apparenza⁶⁸.

⁶⁸ A. Garapon (2014), cit., p. 30.



Tollerare l'intollerabile?

Tre patologie costituzionali contemporanee come sfide alle democrazie liberali

Anderson V. TEIXEIRA*
Università del Vale do Rio dos Sinos

ABSTRACT: This article analyses three factors that are able to affect contemporary democracies, undermining to a significant extent balances and rights consecrated through modern constitutions. The analysis is mainly referred to the current political situation of Brazil, though some of the considerations suggested may apply also to other countries, regardless of the theoretical perspective of the State taken into account. These three factors, indeed – namely, judicial activism, populism and the spread of the fake news – are examined as constitutional pathologies that could be treated by strengthening the centrality of the human rights and that of the value and principles of constitutionalism.

1. Introduzione

Da alcuni anni facciamo ricerca nell'ambito del gruppo di ricerca di Diritto Costituzionale Comparato presso l'Università del *Vale do Rio dos Sinos* (brevemente, UNISINOS) su fenomeni che rappresentano autentiche sfide alle democrazie occidentali e, di conseguenza, anche per il modello di Stato costituzionale. All'interno di questa attività di ricerca, inoltre, una rilevanza primaria è assunta dalla questione metodologica, la quale può influire in maniera determinante sugli esiti della comparazione stessa, e quindi condizionare l'emersione di fattori di somiglianza e di differenza tra un sistema e l'altro.

Quando si considerano le democrazie occidentali di tipo liberale, si deve premettere che tale modello si fonda su due regole procedurali elementari: il libero accesso al processo deliberativo, sia in forma attiva che in forma passiva, e la posizione di uguaglianza tra gli

* Contatto Anderson V. TEIXEIRA | andersonvteixeira@hotmail.com



coloro che deliberano. Nella prospettiva che sarà sviluppata più compiutamente nel prosieguo di questo lavoro, libero accesso e uguale partecipazione incarnano l'esercizio di una delle prerogative più peculiari del genere umano: il libero arbitrio.

Sempre a titolo introduttivo, un secondo punto che merita di essere sottolineato attiene alla natura dello Stato costituzionale. A prescindere dalla concezione teorica che si voglia prediligere (realista, istituzionalista, normativista, sociologica, ecc.), lo Stato costituzionale ha come obiettivo ultimo la formazione di una intersoggettività garantita istituzionalmente. Invero, non ha molto senso pensare allo Stato costituzionale – di nuovo, a prescindere dalla prospettiva teorica adottata – senza considerare, da un lato, un certo livello di coesione intersoggettiva intorno ai beni comuni, e dall'altro, un quadro istituzionale attraverso cui garantire tale coesione, almeno in certa misura.

2. Le patologie costituzionali come minaccia allo Stato costituzionale

Fatte queste considerazioni preliminari, l'oggetto preminente di questo lavoro è quello che chiameremo "patologie costituzionali". Il filosofo Georg Mead aveva introdotto il concetto di patologia sociale per fare riferimento a quei processi sociali che tendono all'erosione dei vincoli soggettivi che consentono agli individui di pensarsi come "società", ovvero, raggruppamenti umani collettivamente organizzati sulla base di regole presupposte e valori comuni¹. La mancanza di istituzionalità in tale forma di organizzazione, invece, rappresenta una caratteristica che conferma la capacità dei valori comuni di promuovere la coesione sociale. Qui cercheremo di discutere se e in che modo è possibile traslare questa caratteristica dalla società allo Stato costituzionale. Più che la capacità di promuovere la libera partecipazione degli individui nei processi deliberativi, la forma più visibile dell'esistenza dello Stato risiede nella stessa istituzionalità, all'interno della quale sono ricompresi i valori costituzionali. Tuttavia, questi ultimi sembrano essere sempre più minacciati da fenomeni che non si presentano come semplici crisi funzionali oppure di attuazione del modello statale in se e per se, ma, piuttosto, come delle patologie che possono eventualmente erodere i fondamenti di tale modello e la stessa ragione d'essere dello Stato.

¹ Si veda Georg H. Mead, *Mind, self and society*. Chicago University Press, Chicago, 1934.



Tali fenomeni, che cercheremo di analizzare qui d'appresso, consistono nell'attivismo giudiziale, nel populismo, e nella diffusione delle c.d. *fake news*.

3. L'attivismo giudiziale

L'attivismo giudiziale è un fenomeno la cui origine si fa risalire agli anni 30, negli Stati Uniti, quando lo storico Arthur Schlesinger Jr. utilizzò l'espressione *sudicia activism* in un articolo della rivista *Fortune* per descrivere l'atteggiamento della Suprema Corte statunitense nei confronti delle politiche del Presidente Roosevelt. Dal momento che il confronto tra politica e diritto rappresenta una caratteristica "naturale" del sistema politico-giuridico statunitense, l'attivismo giudiziale può essere considerato come un fenomeno "ordinario", che tuttavia può divenire patologico nella misura in cui le cui prerogative proprie del potere giudiziario sono abusate per adottare decisioni che sono orientate al raggiungimento di finalità di tipo politico da parte dei giudici stessi².

Da diverso punto di vista, il confronto tra politica e potere giudiziario diventa problematico allorché l'intera attività politica, e l'intera capacità dello Stato di esercitare i propri poteri, e quindi di governare la popolazione attraverso la fiducia riposta nelle istituzioni, vengono sottratte al potere del giudice di ordinare e, quindi, di risolvere i conflitti fra diversi poteri. Ma come risolvere un conflitto tra poteri quando è il potere giudiziario il più interessato all'esito di tale conflitto? Come risolvere un conflitto tra politica e magistratura quando quest'ultima stabilisce una gerarchia assiologica in forma preventiva, da far valere a detrimento di beni e valori costituzionali? Infine, e ancor più grave, come risolvere conflitti quando la bramosia di potere – un desiderio molto umano, per quanto di carattere strettamente personale – rappresenti l'impulso principale che muove la decisione di un giudice?

In Brasile, tanto quanto in altri paesi sudamericani – e persino in alcuni paesi europei –, l'attivismo giudiziale ha prodotto, soprattutto a seguito della promulgazione della Costituzione del 1988, un'immagine del potere giudiziario come il miglior strumento di risoluzione di qualsiasi crisi, ovvero, come uno "spazio pubblico" di risoluzione dei conflitti

² Su questo punto, si rinvia a A.V. Teixeira (2012) "Ativismo judicial: nos limites entre racionalidade jurídica e decisão política", *Revista Direito GV*, 8(1) : 37-58.



politici, nonché come l'istituzione più credibile dello Stato. Sebbene è evidente che questa deformazione non sia la causa esclusiva, fra gli studiosi del diritto e della scienza politica non sembrano esservi dubbi riguardo al fatto che questo spostamento di potere dalla politica al sistema giudiziario sia all'origine dell'attuale crisi politica brasiliana, una crisi senza precedenti nella storia democratica del Brasile. La Costituzione del 1988 ha istituito un sistema rappresentativo che opera attraverso i partiti politici, ma la crisi attuale è, anche e soprattutto, una crisi del funzionamento di tali partiti, e una crisi che non sembra trovare soluzione, appunto, se non attraverso una riforma di questo sistema di rappresentanza.

4. Il populismo

Per quanto riguarda il populismo, è impossibile guardare a questo fenomeno come se si trattasse di una “alternativa politica”, ovvero, indurre i cittadini a pensare che lo stesso si possa tradurre in una diversa forma di governo, così come alcuni esponenti politici statunitensi, brasiliani – e persino italiani – cercano di fare. Per converso, si tratta di un fenomeno che si fonda sul un “io contro tutti”. In questo senso, è possibile ipotizzare che il populismo sia la prospettiva politica più individualistica e scevra di valori universalizzabili che si sia mai vista in tempi moderni. Fra i presupposti comuni a tutti populismi predicati in tempi recenti vi è, da una parte, la mancanza generalizzata di fiducia nella politica e nelle istituzioni pubbliche, dall'altra la “fede cieca” in una figura carismatica capace di promuovere valori che appaiono nettamente vincolati all'io, senza possibilità di immedesimazione con l'altro. Questa sorta di figura appare sempre più idealizzata e sempre meno provvista di virtù, caratteristica, quest'ultima, che consente alle “persone comuni” di immedesimarsi nella stessa, alimentando, di conseguenza, il disinteresse verso l'immedesimazione nell'altro (che non sia quell'io della figura carismatica).

In questo contesto, Marco Revelli, nel suo “Populismo 2.0”, procede a una divisione tra i fenomeni popolari occorsi tra la fine del XIX e l'inizio del XX, quando governi di diversi orientamenti cercarono di promuovere politiche pubbliche volte al riconoscimento dei diritti di lavoratori, donne, poveri e immigrati, e quelli del XXI secolo, dove la popolazione è guidata



dalla paura delle proprie scelte politiche, una paura della violenza, del terrorismo, della corruzione, della mancanza di opportunità lavorative, una paura, infine, del futuro stesso³.

Da diverso punto di vista, Jan Werner-Muller nel suo “What is Populism?” sottolinea gli aspetti antiliberali e antidemocratici del fenomeno. Tuttavia, tra gli aspetti più originali della sua analisi vi sono tre caratteristiche la natura delle quali sembra più sociologica e deontologica che politica: l’antipluralismo, l’antielitismo – che comprende anche l’anti-intellettualismo – e l’esclusivismo⁴.

A ben vedere, l’impossibilità di concepire il populismo come un’alternativa politica risiede proprio nella intolleranza che lo stesso riversa nei confronti di qualsiasi critica, manifestazione o idea che si distacchi dalla visione professata dal populismo stesso. Finché non trovano il consenso necessario per arrivare al potere, le proposte politiche populiste non sono molto più che idee individuali e individualistiche. Tuttavia, a seguito dell’ascesa al potere, l’intolleranza si converte in aggressione, aggressione verso l’altro, il diverso, e quindi, di fatto, il rischio a cui si va incontro è l’erosione dei fondamenti liberali e democratici su cui si regge il modello di Stato costituzionale.

Infine, è importante distinguere il populismo dai “governi popolari”, con cui si allude a quei governi i cui orientamenti politici si rivolgono al perseguimento di interessi collettivi, e in particolare di alcuni gruppi sociali, come i lavoratori o gli imprenditori. In questo caso, vi è pur sempre un principio di collettività a guidare l’azione politica, contrariamente al governo populista, il quale avrà come guida esclusiva un principio individualista ed esclusivista, non condivisibile dai vari gruppi sociali presenti in una determinata società.

5. Le *fake news*

Il terzo fenomeno oggetto d’analisi, quello della diffusione delle *fake news*, quando si associa alla politica ne diventa, più che un corollario, quasi uno sviluppo connaturale, forse una proiezione mediatica del populismo stesso. Qualsiasi partito politico, qualsiasi figura politica, qualsiasi cittadino può rendersi autore e diffondere *fake news*. Tale fenomeno, tuttavia, assume proporzioni patologiche nella misura in cui un’intera campagna politica è

³ Si veda M. Revelli (2017) *Populismo 2.0*, Torino, Einaudi.

⁴ Si veda J. Müller, (2016) *What is Populism?*, Philadelphia, University of Pennsylvania Press.

basata sulla produzione di *fake news* coordinate contro i propri oppositori, oppure quando, una volta eletto e in carica, l'attività di un determinato esponente politico sia guidata essenzialmente dagli orientamenti prodotti dalla sua "macchina del fango". Il fenomeno, inoltre, può divenire persino sovversivo delle istituzioni pubbliche nella misura in cui la comunicazione ufficiale del governo sia all'origine della produzione stessa di *fake news*, a detrimento dei propri oppositori politici.

Quando si evoca una patologia, si dovrebbe anche poter fare riferimento a un farmaco o a un trattamento, e quindi, essenzialmente a un rimedio. Purtroppo, in questo caso, i rimedi possibili si trovano al di fuori del quadro istituzionale proprio del modello di Stato costituzionale, un quadro che conferisce alla politica – plurale, liberale, democratica e guidata da valori e principi costituzionali – il compito di tollerare l'intollerabile, di gestire i conflitti anche quando è l'attività di governo a rappresentare la fonte da cui i conflitti stessi si originano. In questo contesto, ai giuristi spetta sempre più lottare per trovare gli strumenti più appropriati per fronteggiare tali patologie, per sconfiggere le quali, le risposte offerte dall'armamentario dei diritti umani e da quello dei valori e dei principi costituzionali di uno Stato libero possono ancora rappresentare un efficace rimedio.

Diritto d'accesso ai dati della pubblica amministrazione in rete a trent'anni dalla Costituzione brasiliana

Têmis LIMBERGER*

Università del Vale do Rio dos Sinos

ABSTRACT: The aim of the study is to assess the impact of new technologies since the adoption of the Brazilian Constitution, especially with regard to article 5, which enshrines citizens' rights to information about the functioning of public administration. In this article, a main reference is made to the work by Antonio P. Luño, which contributed significantly to analysing the relationship between new technologies and transparency in public administration. As results from latest report by Transparency International, indeed, the lower the corruption, the greater the effectiveness of social rights. Finally, it will be argued that cyber-transparency may provide for a more transparent, accessible, controlled and democratic administration, the limits of which are the fundamental rights of the individuals, namely the protection of privacy.

1. Introduzione

Il modello democratico instaurato dalla Costituzione Federale del 1988 ha assegnato una rinnovata valenza all'accesso dei cittadini alle informazioni relative all'amministrazione pubblica, consacrato come diritto all'articolo 5. Il regime democratico instaurato dalla Costituzione, in uno con la diffusione delle nuove tecnologie, ha permesso di migliorare significativamente tale accesso. Le informazioni relative alla pubblica amministrazione possono avere ad oggetto dati che rendono possibile un controllo a priori degli atti dell'amministrazione che riguardano la spesa pubblica. In questo modo, le nuove tecnologie sono utilizzate anche per stimolare la trasparenza nell'amministrazione pubblica brasiliana – per esempio, nelle aste giudiziarie, nella divulgazione delle spese relative alle campagne

* Contatto Têmis LIMBERGER | temisl@unisin.br



elettorali, nella gestione dei portali telematici, nella pubblicità dei dati della gestione fiscale e nella legge d'accesso all'informazione pubblica –, il che si riallaccia direttamente all'esperienza dell' *accountability* maturata nel contesto anglosassone. Oggigiorno, pertanto, la sfida è quella di trovare forme per poter utilizzare gli spazi informativi concessi dalle nuove tecnologie in modo da promuovere l'effettività dei diritti fondamentali. Senza sottovalutare le possibili ripercussioni negative di tali strumenti, in questo lavoro si presterà attenzione soprattutto ai possibili benefici derivanti da questi ultimi. In particolare, questo lavoro prende le mosse dall'opera *Ciberciudadanía o Ciudadanía.com?* di A. Pérez Luño¹, utile per lavorare al concetto di “cibertrasparenza”, intesa quale nuova dimensione dell'informazione pubblica in rete nei 31 anni della Costituzione brasiliana.

2. L'amministrazione pubblica e la trasparenza dei dati come criterio di sviluppo

Secondo la concezione di Karl Peter Sommermann, la trasparenza amministrativa è un elemento essenziale nella strategia volta a ristabilire la fiducia nel sistema democratico e salvaguardare lo stato di diritto in una realtà sempre più complessa². Partendo dai dati ad oggi disponibili, è possibile associare l'ampliamento della trasparenza alla diminuzione della corruzione e, a sua volta, alla effettiva attuazione dei diritti sociali. Nell'ultimo report pubblicato da *Transparency International* relativo all'anno 2018, i paesi scandinavi risultano possedere il più basso indice di corruzione nel mondo³. In tali paesi, infatti, le informazioni relative all'amministrazione pubblica sono solitamente disponibili in rete. In Finlandia, persino i dati fiscali sono considerati di natura pubblica, e la loro consultazione è possibile da parte di tutti i cittadini⁴.

¹ A.E. Pérez Luño (2004) *Ciberciudadanía@ o ciudadanía.com?*, Barcellona, Gedisa.

² K.P. Sommermann (2010) “La exigència de una administración transparente em la perspectiva de los principios de democracia y del Estado de Derecho”, in R. G. Macho [a cura di] *Derecho administrativo de la información y administración transparente*, Madrid, Marcial Pons, p. 25.

³ Sono stati analizzati 180 paesi, classificati in una scala da zero a dieci. Quanto più piccolo è il voto ricevuto, più grande è l'indice di corruzione. Seguendo questi criteri, Danimarca, Nuova Zelanda e Finlandia appaiono al primo, secondo e terzo posto, rispettivamente, con un punteggio di 8,8, 8,7 e 8,5

⁴ A. Saarenpää (2004) “From Information Society to the Legal Network Society, ID-card and electronic services” presentazione tenuta al *X Congreso Iberoamericano de Derecho e Informática*, Santiago del Cile, dal 6 al 9 novembre 2004.

All'interno della graduatoria stilata da *Transparency International*, il Brasile occupa solo il 105° posto⁵. Facendo un confronto con altri paesi dell'America Latina, l'Uruguay e il Cile si trovano, rispettivamente, al 23° al e 27° posto. A questi dati vanno aggiunti quelli relativi all'Indice di Sviluppo Umano, che vedono il Brasile, in quanto paese economicamente emergente, alla 79ª posizione [IDH 0,759] su 188 paesi, risultando il quinto paese in Sudamerica. Cio si deve al fatto che i livelli di istruzione vanno a svantaggio della posizione del Brasile in questa classifica. Il Cile occupa invece la 44ª posizione [IDH 0,843], mentre l'Argentina si trova al 47° posto [IDH 0,825] e l'Uruguay al 55° [IDH 0,084]. Questi dati, quindi, indicano che la crescita economica in Brasile è maggiore rispetto al livello di effettività dei diritti fondamentali e del livello di trasparenza, anche rispetto ai paesi della stessa area geografica.

Tornando all'esempio della Finlandia, inoltre, questo paese rappresenta un esempio di "società dell'informazione", essendo oggi una delle economie più competitive e una delle società tecnologicamente più sviluppate al mondo, con caratteristiche sociali e istituzionali che la mettono al pari del modello della Silicon Valley o a quello proprio dell'esperienza asiatica. Inoltre, data l'importanza del *welfare state* in Finlandia, deve considerarsi il ruolo assunto da quest'ultimo nello sviluppo della società dell'informazione. In genere, esiste un iato tra le esigenze proprie dell'economia liberale e gli interessi protetti attraverso le politiche pubbliche. A questo proposito, pertanto, bisogna chiedersi se il *welfare state* sia una forza che contribuisce o meno al pieno sviluppo dell'informazione. La differenza tra il modello finlandese e quelli della Silicon Valley e di Singapore, infatti, emerge chiaramente a livello sociale. La tendenza globale dell'economia dell'informazione è quella di collegare la sua rete a ciò che è apprezzabile economicamente. Cio si traduce in un incremento dell'ingiustizia sociale sotto forma di disuguaglianze economiche che causano esclusione e povertà⁶.

L'esperienza finlandese mostra pertanto che non è sufficiente investire nelle nuove tecnologie, essendo necessario lo sviluppo di una strategia sistemica che coinvolga tanto le istituzioni pubbliche tanto il settore privato e, quindi interessi la società intera.

⁵ Transparency International (2018) *Corruption Perceptions Index*, consultabile al seguente indirizzo https://www.transparency.org/whatwedo/publication/corruption_perceptions_index_2018.

⁶ M. Castells, P. Himanen (2002) *La sociedad de la información y el Estado del bienestar: El modelo finlandés*, Madrid, Alianza Editorial, pp. 19-20.

3. La trasparenza come obiettivo costituzionale

La discussione relativa alla distinzione tra ambito pubblico e privato risale all'antichità⁷. Già il Digesto di Giustiniano⁸ prende avvio illustrando due posizioni nello studio della giustizia e del diritto: quella del pubblico e del privato, e affermando che il diritto pubblico è quello che riguarda lo Stato della Repubblica, mentre il diritto privato è quello che riguarda i singoli e gli statuti rispetto alle cose di utilità pubblica e/o privata⁹. In questa prospettiva, la distinzione ha come obiettivo affermare la supremazia del pubblico sul privato¹⁰.

Da ciò si può trarre che la *res publica* ha implicato per lungo tempo il fatto che le istituzioni pubbliche dovessero rendere accessibili i propri atti. Da quest'idea si fa derivare l'importanza che il cittadino sia adeguatamente informato, e di conseguenza, che l'informazione sia un elemento importante nella formazione dell'opinione pubblica.

Hannah Arendt, ragionando sulla sfera pubblica, riconosce che il termine pubblico designa due fenomeni correlati: a) ciò che si rende pubblico e può essere visto e sentito da tutti; e b) il mondo comune a tutti, che per lei non si riduce alla natura, ma consiste nell'artefatto umano, ovvero quanto è costituito da cose create e che si inseriscono nella natura degli uomini, unendoli e separandoli in un habitat umano¹¹. Il primo significato è quello di cui si compone la 'trasparenza', con la conseguenza che la sfera pubblica, comune a tutti, deve 'farsi' pubblica, cioè, conoscibile da tutti.

Kant può essere considerato il punto di partenza di tutto il discorso sulla necessità della visibilità del potere¹². Nella seconda Appendice a "Per la Pace Perpetua", intitolata "Dell'accordo tra la politica e la morale secondo il concetto trascendentale di diritto pubblico", il filosofo stabilisce il principio per cui tutte le azioni relative al diritto degli altri uomini, la cui massima non sia suscettibile di diventare pubblica, sono ingiuste. A partire da questa affermazione, Kant pretendeva di garantire l'uniformità della politica e della morale

⁷ G. Sartori (1997) *Teoria democratica*, vol. 2, Madrid, Alianza Ed., p. 363.

⁸ C. Lafer (1988) *A reconstrução dos direitos humanos: um diálogo com o pensamento de Hannah Arendt*, San Paolo, Cia das Letras, p. 243.

⁹ Digesto, 1, 1, 1.

¹⁰ Digesto, 2, 14, 32.

¹¹ H. Arendt (2001) *A condição humana*, Rio de Janeiro: Forense Universitária, p. 59.

¹² N. Bobbio (2000) *O futuro da democracia*, San Paolo, Paz e Terra, p. 103.



attraverso il concetto di ‘pubblicità’¹³. Peraltro, riprendendo tale concetto, Bobbio ricollega il sorgere dello scandalo al momento in cui un atto o più atti segreti o occulti divengano noti (pubblici)¹⁴. In questo senso, ciò che distingue il potere democratico da quello autocratico è il fatto che solo il primo, attraverso la libera critica, può sviluppare in se stesso gli anticorpi necessari combattere la corruzione. La democrazia, pertanto, serve anche come ‘potere visibile’, che permette al cittadino, in certa misura, di controllare chi detiene il potere.

Nello stato democratico l’informazione ha un significato specifico, essendo una conseguenza politica dell’esercizio di determinate libertà individuali. Parallelamente, la libera discussione rappresenta una componente fondamentale, propedeutica all’adozione di decisioni che incidono sulla collettività, e pertanto imprescindibile per la legittimazione delle stesse. L’ordinamento giuridico proprio dello stato democratico si basa fortemente su un principio di pubblicità, mentre la segretezza rimane eccezionale e deve essere giustificata da ragioni di interesse pubblico.

L’enunciato dalla legge brasiliana di ‘Responsabilità Fiscale’¹⁵ non riguarda il principio della pubblicità, che è un principio costituzionale, quanto piuttosto quello della trasparenza. Nel cercare il fondamento della trasparenza, la prima tentazione del giurista è quella di affermare che si tratti di un principio, tentazione che si può inscrivere crive nell’arco di un più ampio ‘pan-principiologismo’¹⁶. Tuttavia, la Costituzione brasiliana, nel suo articolo 37, non si risparmia nell’enunciare i principi che reggono il funzionamento dell’amministrazione pubblica. Malgrado la trasparenza non sia indicata tra tali ultimi principi, la si può derivare a partire da quelli già enunciati, mostrando come essa scaturisca dall’integrazione tra il principio di pubblicità e il diritto all’informazione di ogni cittadino (art. 5º, XXXIII).

Attraverso la divulgazione del fatto, la pubblicità mira a mostrare che l’atto è stato compiuto nel rispetto della legalità, della moralità pubblica e degli altri precetti che sottostanno alla gestione della *res publica*. Il diritto di accesso (all’informazione) rappresenta

¹³ R. Smend (1985) *Constitución y Derecho Constitucional*, Madrid, Centro de Estudios Constitucionales, p. 277.

¹⁴ N. Bobbio, cit., p. 105.

¹⁵ Cfr. *Lei de Responsabilidade Fiscal / Lei Complementar 101/2000 - LRF- Lei Complementar 131/2009*.

¹⁶ L. L. Streck (2011) *Verdade e Consenso: Constituição, hermenêutica e teorias discursivas*, San Paolo, Saraiva, pp. 517-541.



pertanto uno strumento attraverso il quale il cittadino può controllare gli atti provenienti dallo Stato, fungendo altresì da presupposto stesso della partecipazione popolare.

In Brasile si sta lentamente sviluppando la consapevolezza dell'importanza di questo strumento, una consapevolezza già consolidata in altri Stati, tra cui, in primo luogo, in Inghilterra e negli Stati Uniti. La maggiore disponibilità di informazioni porta ad una maggiore attenzione rispetto alla gestione delle risorse pubbliche. Di conseguenza, gli Stati nei quali si ha maggiore trasparenza nell'informazione sono quelli in cui il livello di corruzione è più basso. La migliore gestione delle risorse pubbliche rappresenta anche il migliore viatico verso l'effettiva attuazione dei diritti sociali¹⁷. La realizzazione del principio di pubblicità, dunque, costituisce un dovere dell'amministrazione e si complementa con il diritto all'accesso alle informazioni di interesse pubblico da parte del cittadino.

4. Cibertrasparenza: un nuovo concetto

La parola cibernazione è stata coniata nel 1984 da William Gibson (2008) all'interno del romanzo di fantascienza *Neuromancer*¹⁸, all'interno del quale è usato per designare l'universo delle reti digitali, descritto come campo di battaglia tra le multinazionali, palcoscenico di conflitti mondiali, nonché nuova frontiera economica e culturale.

Il prefisso *ciber* è stato oggetto di attenzione specifica nelle opere di autori come Cass Sunstein (*Repubblica.com*) e Pérez Luño (*Ciberciudadania o ciudadania.com?*), in cui emerge la necessità di coniare un'espressione che traduca le nuove forme di amministrazione mediate dalla tecnologia, che garantisca ai cittadini l'accesso all'informazione in rete. Tali forme non si riducono al mero utilizzo dello strumento tecnologico, ma rappresentano, nel loro complesso, una nuova forma di gestione pubblica e dei rapporti democratici all'interno delle società contemporanee.

La trasparenza, a sua volta, è la possibilità del cittadino di avere accesso all'informazione pubblica, mentre la pubblicità consiste in una serie di operazioni volte a rendere conoscibili gli atti dell'amministrazione pubblica. La pubblicità e la trasparenza,

¹⁷ L. L. Streck (2003) *Jurisdição Constitucional e Hermenêutica. Uma Nova Crítica do Direito*, Rio de Janeiro, Forense, p. 122.

¹⁸ W. Gibson (2008) *Neuromancer*, San Paolo, Aleph.



pertanto, sono due attributi distinti, seppur entrambi procedono in una medesima direzione. La pubblicità si fonda sulla conoscibilità degli atti dell'amministrazione da parte della collettività, mentre la trasparenza permette al cittadino l'accesso all'informazione relativa alla gestione della *res publica*. La trasparenza deriva dal principio della pubblicità, dal diritto all'informazione in rapporto al funzionamento dello Stato democratico.

Norberto Bobbio, quando tratta delle relazioni della democrazia con il 'potere invisibile', afferma che la pubblicità è concepita come una categoria tipicamente illuminista dato che rappresenta uno degli aspetti della battaglia di chi si considera chiamato a sconfiggere il 'regno delle tenebre'¹⁹. La metafora della luce è utilizzata appunto per distinguere il potere visibile da quello invisibile. La visibilità rappresenta quindi l'accessibilità e la possibilità di controllo degli atti pubblici da parte dei cittadini. Da ciò nasce la polemica dell'illuminismo contro lo 'Stato assoluto', la richiesta di pubblicità degli atti del sovrano fondati sul potere divino. L'ispirazione illuminista è consacrata all'articolo 15 della Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo e del Cittadino che prevede il diritto della società di chiedere conto agli amministratori pubblici del loro operato.

Oggi, la rivoluzione tecnologica mira a offrire un'amministrazione più efficiente e più vicina al cittadino, che permetta di offrire al cittadino servizi più trasparenti, maggiormente controllabili e quindi accessibili, e allo stesso tempo maggiormente rispettosi della privacy individuale, e infine, degli stessi diritti fondamentali²⁰. Va osservato, pertanto, nella misura in cui le istituzioni pubbliche si affidano alle nuove tecnologie per rendere disponibile l'informazione relativa all'amministrazione pubblica in rete, diventa possibile la partecipazione del cittadino negli affari pubblici, favorendo, ancora una volta, il controllo sociale e, conseguentemente, quello dell'impiego delle risorse pubbliche, ciò che può essere definito come cibertrasparenza²¹.

¹⁹ N. Bobbio cit., p. 103.

²⁰ J. L. Piñar Mañas (2011) *Administración Electrónica y Ciudadanos*, Pamplona, Thomson Reuters – Civitas, Aranzadi Ed, p. 30.

²¹ T. Limberger (2016) *Cibertransparência: informação pública em rede*, Porto Alegre, Livraria do Advogado, p. 45.



5. L'utilizzo di internet come strumento di trasparenza da parte del potere pubblico

In Brasile, la legge n. 101/2000 che disciplina la già menzionata legge di 'Responsabilità Fiscale' – con le modifiche apportate dalla legge complementare n. 131/2009 –, impone la pubblicazione in rete delle spese dell'amministrazione in una forma standardizzata. Gli articoli 48 e 49 sono stati ispirati dalla nozione di *accountability*, la quale, come già ricordato, è tratta dall'esperienza del diritto anglosassone²². La standardizzazione dei dati, combinata alle specifiche peculiarità di ogni ente pubblico assume una valenza fondamentale proprio alla luce della grande varietà di enti territoriali esistenti in Brasile.

Per converso, la legge n. 12.527/2011, conosciuta come legge sull'accesso all'informazione pubblica, mira a diffondere l'informazione relativa all'amministrazione pubblica in rete, costituendo un passo importante, dal momento che comporta un'evoluzione significativa nel campo della trasparenza. Senza dubbio, tale legge merita un'analisi più approfondita dal momento che impone agli enti pubblici di rendere accessibili dati che, se effettivamente accessibili in rete, potrebbero segnare una svolta contribuire nel dibattito democratico e incrementare le possibilità di controllo sociale da parte dei cittadini. A questo proposito, tali informazioni dovrebbero essere disponibili in forma standardizzata. È evidente che, in un paese con le dimensioni del Brasile, se ognuno dei 5.570 comuni dei 26 stati della Federazione pubblicasse i propri dati in modo diverso, sarebbe in gran parte pregiudicato l'accesso effettivo a tali dati da parte del cittadino. Su questo punto, tuttavia, il dibattito in Brasile è ancora limitato

6. La protezione dei dati personali come limite alla pubblicità delle informazioni

La Costituzione del 1988, accettando la distinzione elaborata dalla dottrina e dalla giurisprudenza tedesca concernente la teoria delle sfere²³ o dei cerchi concentrici²⁴, assicura

²² J. H. Pederiva (1998) "Accountability, Constituição e Contabilidade", *Revista de Informação Legislativa*, 140, p. 18.

²³ P.J. Da Costa Jr. (1970) *O direito a estar só: tutela penal da intimidade*, San Paolo, RT, p. 31.

²⁴ D. Doneda (2006) *Da privacidade à proteção de dados pessoais*, Rio de Janeiro, Renovar, pp. 108-109



all'articolo 5, i diritti alla riservatezza e alla vita privata. Nell'ambito della protezione dei dati personali, devono essere ricordate alcune leggi come il *Marco Civil da Internet*²⁵, che all'articolo 3 prescrive che la regolamentazione del diritto alla protezione dei dati personali sotto forma di legge, legge che è stata pubblicata soltanto di recente.

In attuazione dell'articolo 5 della Costituzione, che riconosce il diritto di tutti ad avere accesso alle informazioni contenute negli atti pubblici, in presenza di un interesse privato o collettivo, è stata emanata la legge sull'accesso all'informazione pubblica, che impone agli enti pubblici di mettere a disposizione le informazioni relative alle spese pubbliche realizzate con risorse pubbliche o aste, prevedendo quale regola la pubblicità e il segreto come eccezione, e così invertendo invertito l'orientamento fino ad allora vigente. Attualmente, il soggetto che richiede l'informazione è tenuto ad identificarsi, giacché, una volta ricevuta l'informazione richiesta, sarà responsabile del suo utilizzo.

Recentemente, è stata approvata la Legge n. 13.709, del 14/08/2018, la cui entrata in vigore è prevista per il 2020, che ha predisposto una dettagliata disciplina in materia di protezione dei dati personali. Tuttavia, deve essere segnalata la debolezza che fin dalla sua emersione caratterizza questo intervento normativo. In primo luogo, non è stata prevista un'agenzia imparziale preposta alla protezione dei dati, essendo invece quest'ultima istituita come organismo interno al potere esecutivo. La mancata creazione di un'agenzia autonoma e indipendente crea un imbarazzo quantomeno di due ordini (esterno e interno): di fronte alla comunità internazionale, ostacola il riconoscimento del Brasile come un paese caratterizzato da affidabilità in termini di protezione dei dati; internamente, tale lacuna ostacola la diffusione di una cultura della protezione dei dati personali. L'assenza di autorità amministrative per la protezione dei dati sul modello degli Stati europei, si ripercuote inoltre sul funzionamento della giustizia poiché determina un sovraccarico del potere giudiziario per risolvere le controversie in questa materia²⁶. Pertanto, è possibile concludere che l'adozione di tale normativa rappresenti un passo iniziale, timido ma comunque importante verso la protezione dei dati personali in Brasile.

²⁵ Legge del governo federale n. 12.965/2014.

²⁶ L.W. Vianna et al. (1999) *A judicialização da política e das relações sociais no Brasil*, Rio de Janeiro, Revan.



7. Considerazioni finali

‘Informazione’ significa formazione dell’opinione pubblica, e in quanto tale, può essere ricollegata alla prevenzione, giacché la stessa mantiene uno stretto rapporto con la visibilità dei dati pubblici, e quindi riducendo la possibilità di atti fraudolenti. L’accesso all’informazione si promuove anche attraverso le buone pratiche, il che serve a incrementare la funzione promozionale del diritto, e non soltanto quella repressiva. In Brasile, l’esperienza dell’accesso all’informazione pubblica è recente e la sua applicazione deve ancora confrontarsi con la specificità di alcuni settori. Si può sostenere che la legge d’accesso all’informazione pubblica consenta al cittadino di esercitare un controllo sociale degli atti della P.A. sulla base all’informazione messa a disposizione in rete.

Le nuove tecnologie rappresentano molto più di un semplice uso dello strumento elettronico per l’amministrazione. Possono servire per rendere l’interazione cittadino-pubblica amministrazione più democratica, consentire il ravvicinamento, la partecipazione e il controllo da parte del cittadino in relazione agli atti compiuti dai funzionari pubblici. La sfida, dunque, quella di utilizzare le nuove tecnologie come veicolo per contribuire all’attuazione effettiva dei diritti fondamentali e a rendere l’amministrazione pubblica più trasparente possibile.

L’interazione con i cittadini da parte dell’amministrazione e l’accessibilità dell’informazione pubblica rendono possibile il controllo sociale sull’operato dell’amministrazione. In questa possibilità di richiedere, ricevere e costruire l’informazione, è implicito, inoltre, un avvicinamento del cittadino allo Stato e agli atti da questo posti in essere. A causa delle sue caratteristiche di flessibilità, adattamento e assenza di centralità, l’informazione relativa pubblica alla P.A. in rete può costituire uno strumento efficace per la diminuzione della corruzione, promuovendo la visibilità delle ‘zone grigie’, e consentendo l’accesso del cittadino o degli agenti pubblici vincolati alle istituzioni che hanno il compito di prendersi cura del patrimonio pubblico.

I fondamenti epistemologici della bioetica

Gerson N. PINTO*

Università del Vale do Rio dos Sinos

ABSTRACT: In this article I briefly retrace the epistemological foundation of bioethics, paying a special attention to the contraposition between Beauchamp and Childress's principlism, as one of the most influential theory in bioethics ever, and casuistry, which currently is represented by the reflection of Jonsen and Toulmin. By referring to the work of O'Neill, in this work I aim at showing the complexity underlying the adoption of decision in bioethics, as a process which needs to find a balanced combination of abstract principles and respect to pluralism and diversity, which entails considering each case in its uniqueness.

1. Introduzione

La nozione di bioetica che compare all'inizio del secolo XX rimanda, anzitutto, a un insieme di procedimenti e pratiche che mettevano in dubbio i progressi delle tecniche biomediche. Tale postura scettica e critica è senza dubbio una caratteristica della modernità. L'innovazione propone un nuovo ideale: un'etica nuova, un mondo nuovo, un nuovo uomo. Come se lo spazio tra la vita e la morte, la salute e la malattia, il dolore e la speranza, l'anamnesi e la terapia offerto all'uomo dall'etica medica non fosse più lo stesso e nemmeno lo siano le nozioni di etica della Greci antica rispetto a quelle utilizzate oggi dalla bioetica. Il primo autore che, negli Stati Uniti, ha utilizzato il termine 'bioetica' è stato il biochimico americano e ricercatore in ambito oncologico, Van Rensselaer Potter. Egli pubblica all'inizio degli anni Settanta un articolo intitolato *Bioethics. The Science of Survival*¹ e l'anno successivo l'opera *Bioethics: bridge to the future*². In questi scritti, Potter presenta la bioetica

* Contatto Gerson N. PINTO | gerson.p@terra.com.br

¹ V.R. Potter (1970) "Bioethics. The Science of Survival", *Perspectives in Biology and Medicine*, 14: 27-153..

² V.R. Potter (1971) *Bioethics: bridge to the future*, Prentice-Hall, Englewood Cliffs.



come una connessione tra la biologia e l'etica³. In questo nuovo approccio concernente le condotte adottate nell'ambito delle scienze biomediche, è sempre presente una tensione tra lo sviluppo tecnico-scientifico e la questione etica dei limiti che devono essere rispettati da queste nuove tecnologie. Nascono così a questo punto le commissioni di etica, per via della necessità di mediazione nei dilemmi etici e per difendere i diritti umani fondamentali, come la dignità delle persone che partecipano alla ricerca clinica. In conseguenza di ciò, nel 1974 venne creata, negli Stati Uniti, una Commissione Nazionale per la Protezione dei Soggetti Umani nella Ricerca Biomedica e Comportamentale, con la funzione di presiedere al rispetto dei diritti dei partecipanti alle attività di ricerca in quest'area. Come noto, nel 1978, tale Commissione presentò il rapporto sulle ricerche realizzate, intitolato "Rapporto Belmont: Principi Etici e Diretrici per la Protezione di Soggetti Umani nella Ricerca".

2. Il principlialismo

Il rapporto Belmont è considerato un punto di svolta dal momento che a partire dalla sua diffusione, l'etica biomedica si è strutturata su tre principi etici considerati basilari per orientare l'accettabilità o meno delle condotte relative alla ricerca clinica. Questi principi sono: il rispetto dell'autonomia delle persone, la beneficenza e la giustizia, ai quali possiamo aggiungere un quarto, ossia quello della non maleficenza. Questa approssimazione ha ricevuto poi la sua formulazione canonica nell'opera classica di Tom Beauchamp e James Childress, a partire dalla quale è divenuto comune utilizzare l'espressione 'principlialismo' come punto di riferimento fondamentale della bioetica contemporanea.

Il principlialismo è una teoria morale ispirata simultaneamente all'utilitarismo e alla morale kantiana. Questa sintesi apparentemente paradossale tra un'etica che considera il valore morale dell'azione procedere dalle conseguenze di quest'ultima e una morale deontologica che giudica invece l'azione sulla base dell'intenzione dell'agente – cioè, basata su un dovere o un obbligo motivato dalla ragione –, ha dato luogo a una dottrina che è divenuta punto di riferimento nell'ambito della bioetica e dell'etica medica.

³ Nel 1988, Potter approfondisce la riflessione della bioetica in relazione ad altre discipline, e quindi non più solo come ponte tra etica e biologia, ma in una dimensione di carattere globale.

L'idea centrale di Beauchamp e Childress è quella di esporre principi accettabili dalle grandi concezioni morali attualmente dominanti – la deontologia, l'utilitarismo e la teoria dei diritti – attraverso un consenso sui valori fondamentali per la biomedicina e la bioetica. Questi principi non sono concepiti come assiomi o principi supremi – come ad esempio l'imperativo kantiano, o la formula della massimizzazione della felicità nell'utilitarismo –, ma appena come principi che intermediano tra quelli 'supremi' e la pratica dei casi concreti. L'approccio dei principi gode di due vantaggi evidenti: incorpora tradizioni etiche differenti e fugge dall'obiezione di astrazione completa e di mero formalismo. Questi principi fanno riferimento a certi valori che, come possiamo facilmente constatare, hanno acquisito rapidamente uno status di 'norme direttive' per l'attività biomedica. Conseguentemente, altri autori hanno provato a introdurre principi complementari ai quattro già citati, tra cui quello della vulnerabilità. A questo proposito, Peter Kemp e Jacob Dahl Rendtorff sostengono che:

Il principio della vulnerabilità prescrive, come fondamento dell'etica, il rispetto, la cura e la protezione dell'altro e degli esseri viventi in generale, basandosi sulla constatazione universale della fragilità, della finitudine e della mortalità degli esseri⁴

Tuttavia, questo approccio, che prova a risolvere la questione della presa di decisioni a partire dai principi, incontra anche molte difficoltà, alcune delle quali saranno trattate nel prosieguo di questo lavoro.

3. La casistica

Una delle principali critiche che sarà indirizzata al paradigma del principialismo sarà effettuata da coloro che aderiscono al cosiddetto approccio casistico, la cui opera di riferimento attualmente rappresentata da *The Abuse of Casuistry: A History of Moral Reasoning*⁵ di Albert Jonsen e Stephen Toulmin. Come indica il titolo stesso, l'obiettivo di quest'opera è anche denunciare gli abusi perpetrati dalla casistica classica, pur mettendone in

⁴ P. Kemp, Rendtorff J.D. (2001) "Le Principe de Vulnérabilité", in G. Hottois e J.N. Missa [a cura di] *Nouvelle encyclopédie de Bioéthique*, Bruxelles, De Boeck, p. 869, traduzione mia.

⁵ A. Jonsen e S. Toulmin (1988) *The Abuse of Casuistry: A History of Moral Reasoning*, Berkeley, University of California Press.



risalto la fecondità e l'attualità del metodo. Per quanto riguarda le due correnti dominanti, il paradigma principlista, come abbiamo visto, è la teoria di bioetica più diffusa e si basa sul metodo deduttivo. Gli autori propongono i quattro principi che orientano l'azione, i quali non sono ordinati in modo gerarchico tra loro, motivo per cui, in caso di conflitto, la situazione in causa e le sue circostanze saranno determinanti per indicare quale deve avere la precedenza. D'altra parte, il paradigma casistico utilizza invece il metodo induttivo (partendo dai casi specifici fino ai generali), incentivando l'analisi del caso per caso, secondo un piano analogico. Questo paradigma, pertanto, non si appoggia su un principio orientatore dell'azione. Ogni caso deve essere esaminato in base alle proprie caratteristiche specifiche, effettuando paragoni e analogie con altri casi. È una prospettiva di analisi centrata sugli *insights* (discernimenti) specifici accumulati nel corso dell'esperienza concreta. Riunendo casi paradigmatici, la casistica crea una piattaforma comune fondata sulla comparazione e sulla differenza.

Secondo i sostenitori del metodo casistico, ciò che importa non è possedere principi universali che, associati alla descrizione dei casi, permetterebbero di dedurre non solamente ciò che dovremmo fare, ma anche di avere una tassonomia di situazioni etiche di base (i paradigmi) ai quali paragonare la situazione che stiamo affrontando. Per esempio, la morte, cioè l'atto moralmente condannabile di uccidere intenzionalmente un essere umano innocente⁶, costituisce un paradigma. Quando ci troviamo in presenza di un omicidio, la questione è dunque quella di sapere se è un caso di omicidio o una qualsiasi altra cosa (una legittima difesa, una negligenza, un incidente, un suicidio, un'esecuzione, etc.) che dovremo, senza dubbio, giudicare moralmente e giuridicamente in modo diverso.

Una tassonomia primaria e classica scaturisce dalla teoria delle virtù di Aristotele, il che fa sì che la casistica possa rivendicare una certa discendenza dal tomismo aristotelico. E per quel che concerne la bioetica, è evidente che filosofi e giuristi adottano facilmente il principlismo, pur essendo l'etica clinica quasi necessariamente casistica. La recriminazione che i sostenitori di quest'ultimo metodo rivolgono al principlismo è di non essere sufficientemente preciso per spiegare la complessità dei casi specifici che s'incontrano nella pratica. Pertanto, dobbiamo pensare che, nella teoria delle virtù, ogni virtù rappresenta un paradigma che serve da misura per valutare le caratteristiche reali dei casi pratici e le loro

⁶ Tommaso d'Aquino, *Suma Teológica*, II-II, q. 64, a. 6.

circostanze. Le circostanze (*circumstare*, letteralmente stare intorno a) sono state studiate da Aristotele e riprese poi da un rettorico anonimo medievale attraverso la composizione di un esametro⁷ che le riunisce al fine di aiutare gli studenti a memorizzarle: *qui, quoi, ubi, quibus auxiliis, cur, quomodo, quando*, ossia *chi, che cosa, dove, tramite quali mezzi, perché, come, quando*. La lettura di questa lista conferma come la casistica sia radicalmente differente dal principialismo. Prendere sul serio le circostanze, è come afferma Jean-Yves Goffi, capire che, in un certo senso, niente è nulla più che circostanze⁸. In questa concezione, i principi funzionano come regole pratiche che aiutano nella deliberazione, organizzando i precedenti tra i valori pertinenti. Ciò dimostra che il metodo casista non si riduce a un particolarismo morale che rifiuterebbe completamente l'universalità⁹, poiché le situazioni e i precedenti non sono considerati come particolari (*tokens*), ma come tipi (*types*), il che assicura una necessaria generalità affinché possiamo paragonare casi e situazioni¹⁰.

A questo punto della nostra indagine, dobbiamo affrontare la questione di come avviene, nella casistica, l'applicazione degli enunciati universali della ragion pratica a specifiche situazioni concrete. Anzitutto, vedremo in che misura il dominio pratico, il cui oggetto è l'azione umana volontaria, ammette l'esistenza di regole universali e necessarie. In questo senso, dobbiamo prendere in considerazione una questione cruciale dell'epistemologia morale di Tommaso d'Aquino, secondo la quale si può avere una doppia considerazione della normatività dell'azione umana. In primo luogo, possiamo affermare che le azioni umane possono essere regolate da norme universali. Nel far questo, tuttavia, rinunciamo a considerare le varie prospettive che l'azione umana possiede in relazione al contesto concreto e alle circostanze contingenti nelle quali gli atti umani sono coinvolti. In secondo luogo, se rifiutiamo l'esistenza di norme universali nel dominio pratico, rimane a ciascuno di noi il compito di determinare la propria regola. Ciò significherebbe che non avremmo una misura oggettiva nella realizzazione delle nostre azioni e, in questo modo, che non potremmo nemmeno postulare una regola unica e universale per tutte le azioni.

⁷A. Jonsen, S. Toulmin (1988), cit. p. 132.

⁸J. Goffi (2001) "La Nouvelle casuistique et la naturalisation des norms", *Philosophiques*, 28(1): 87-107.

⁹ Per un'interpretazione diversa della casistica aristotelica, in particolare, nella versione del particolarismo, si veda D. Wiggins (1987) "Deliberation and Practical Reason", in *Needs, Values and Truth: Essays on the Philosophy of Value*, Oxford, Blackwell.

¹⁰ Cfr. B. Morizot e P. Quiviger (2017) *Les limites de la Bioéthique*, Parigi, Vrin..



Per rispondere a quest'apparente *impasse* epistemologico-morale, Tommaso d'Aquino utilizza la nozione di atto virtuoso, essendo tale l'atto che segue una regola, la ragione retta, in modo che possiamo postulare l'applicazione di questa stessa regola a tutti i casi simili. In questo modo, dobbiamo considerare che la nozione di azione virtuosa esige una forma adeguata di deliberazione da parte dell'agente. Al fine di determinare ciò che la deliberazione pratica è all'interno dell'atto virtuoso, dobbiamo analizzare, innanzitutto, la natura di tale deliberazione, mirando così a stabilire la possibilità o meno dell'esistenza di un canone o di una regola di misura all'interno delle azioni virtuose.

Tommaso d'Aquino proporrà, essendo questa la misura della virtù nelle azioni, la dottrina del 'giusto mezzo'. Si tratta, così, di interrogarsi in merito alla natura propria di questa regola e ai suoi limiti. Come ci dice Tommaso d'Aquino, la medietà (*medietas*) in questione non è tanto aritmetica, quanto una medietà in relazione a noi¹¹. Tommaso d'Aquino afferma innanzitutto che esiste un grado di incertezza e di variabilità nelle regole formulate in modo universale. In questo modo, egli conclude, esiste sempre una forma adeguata di giudizio nelle nostre azioni: tale è l'azione che non pecca né per eccesso, né per difetto. Al contrario, si tratta di una certa medietà, e a patto che tenda al mezzo e agisca di conseguenza, è un'azione virtuosa.

Una questione che si impone a questo punto è quella di sapere se questo criterio della medietà, inteso come una 'via di mezzo tra l'eccesso e il difetto', debba essere concepito come qualcosa di meramente formale e astratto. Se concepito in questo modo, significherebbe semplicemente che agire secondo il giusto mezzo è agire come si deve e quindi non direbbe nulla in merito alla realizzazione dell'azione stessa. In questo caso spetterebbe al singolo soggetto determinare la giusta misura per sé stesso e in modo completamente soggettivo. Così intesa, la dottrina del giusto mezzo, nella misura in cui stabilisce che l'azione virtuosa è qualcosa che si situa tra l'eccesso e il difetto, sarebbe incapace di fornirci informazioni utili per l'azione umana. Di conseguenza, la dottrina della medietà enuncerebbe semplicemente un giudizio di tipo tautologico o analitico quale "agire in modo virtuoso implica rispettare il giusto mezzo". Se questa fosse l'interpretazione della casistica in relazione alle circostanze e al giusto mezzo, essa si ridurrebbe a qualcosa di molto simile al suo opponente, cioè il principialismo.

¹¹ Tommaso d'Aquino, cit. lib. 2 l. 6, pp. 80-91.



Ma per evitare una comprensione della nozione del giusto mezzo in una prospettiva puramente formale, Tommaso d'Aquino determina il carattere esatto di questa regola pratica. Per l'autore, non basta definire il giusto mezzo quale un insieme di regole generali su come l'uomo virtuoso debba agire. Egli si interroga infatti sulla natura propria di tale regola e sui suoi limiti.

Per capire bene la dottrina della *medietas*, è necessario ricordare che, per la determinazione del giusto mezzo, è fondamentale valutare tutte le circostanze che fanno parte delle nostre azioni. L'introduzione di questa esigenza relativa alle circostanze dell'azione si rende necessaria per la verità del giudizio sulla *medietas*. Possiamo così concludere che questo giudizio non è una mera tautologia, che si lascerebbe rivelare da una semplice analisi dei suoi termini. Allo stesso tempo però, non si tratta di un giudizio quale gli altri giudizi pratici, come quelli che conducono alla realizzazione di una qualche azione (pagare le tasse, per esempio) o alla non realizzazione di una determinata azione (non rubare, per esempio). Ciò che questo tipo di giudizio ci esplicita è che fare questo o quello ha un limite, ossia, i limiti che ci vengono imposti dalle circostanze dell'azione umana.

In questo modo, dopo aver evidenziato che i giudizi pratici incontrano un limite nelle circostanze in cui si svolgono le nostre azioni, Tommaso d'Aquino si chiede se esistano determinate azioni che esulino da questa metrica del giusto mezzo. Per rispondere a questa domanda, egli fa riferimento a un testo fondamentale, che è "L'Etica Nicomachea" di Aristotele:

Ma non tutte le azioni e le passioni ammettono una via di mezzo, poiché alcune hanno nomi che di per sé stessi implicano malvagità, come il rancore, l'indecenza, l'invidia e nel campo delle azioni, l'adulterio, il furto, l'omicidio. Tutte queste cose e altre simili implicano, nei propri nomi, che sono malvagie in sé stesse, e non nel loro eccesso o difetto. In esse non può esserci in nessun caso rettitudine, ma unicamente errore¹²

L'ammissione di questo tipo di giudizio pratico significa semplicemente che esistono azioni che si situano in un'estremità (eccesso) o in un'altra (difetto) e sono sempre escluse da ciò che dobbiamo fare in queste occasioni. Le considerazioni sulle circostanze nelle quali si

¹² Aristotele, *Étique à Nicomaque*, 1107a, pp. 9-15, traduzione mia.

svolgono le azioni non sono più oggetto di analisi, cioè, non sono più rilevanti per determinare la qualità morale delle nostre azioni.

Così, queste azioni sono definite da Tommaso d'Aquino come intrinsecamente malvagie¹³ (*absolutus, absolute ou malum in se*)¹⁴. Questa tesi varrebbe solamente per descrizioni con un alto grado di astrazione, astrazione da tutte le circostanze. Così, 'uccidere un uomo innocente' è generalmente un male, ma non intrinsecamente, dal momento che potremmo trovarci davanti a un caso di legittima difesa¹⁵ o di eutanasia. Se specifichiamo: 'uccidere un uomo innocente' aggiungendo una circostanza, per esempio il motivo, allora le cose cambiano: "uccidere un uomo innocente per rubargli il denaro" sarebbe certamente intrinsecamente un male. Come affermano i difensori della casistica, Jonsen e Toulmin¹⁶, la differenza tra un approccio assiomatico e uno tassonomico per l'etica diventa chiaro se confrontiamo il modo in cui Tommaso d'Aquino e gli altri scrittori medievali hanno usato il termine in latino *absolutus, absolute* e i loro corrispondenti 'assoluto' e 'assolutamente'. Scrivendo all'interno della tradizione retorica dell'etica aristotelica, Tommaso d'Aquino descrive un'azione come il male *absolute* o *malum in se*; ma così facendo, non sta dichiarando che è un male necessariamente e universalmente, in modo immutabile e senza eccezioni, bensì che è un male *prima facie*, cioè, prima che vengano considerate le sue circostanze particolari, come afferma Tommaso d'Aquino:

Ora, qualcosa può essere considerato a prima vista, in modo assoluto, bene o male; mentre se fosse considerato insieme a un'altra cosa, e questa è una considerazione conseguente, potrebbe essere esattamente l'opposto¹⁷

A questo punto ci rendiamo conto che il giudizio morale per Tommaso d'Aquino non è indipendente da una razionalità pratica. Questa razionalità pratica implica un'attenzione costante alle circostanze particolari dell'azione. Non per questo però, sarebbe basata su regole universali applicabili a tutti i casi. Essa suppone tuttavia che la deliberazione si fondi su una

¹³ 'Malum in se', cfr. S. Pinckaers (1986) *Ce qu'on ne peut jamais faire. La question des actes intrinsèquement mauvaises. Histoire et discussion*, Fribourg, Fribourg Suisse Ed.

¹⁴ A. Jonsen, S. Toulmin, cit., p. 262.

¹⁵ Tommaso d'Aquino, cit., II-II, q. 64, a. 7.

¹⁶ A. Jonsen, S. Toulmin, cit., p. 109.

¹⁷ Tommaso d'Aquino, cit., I, q. 19, a. 6, ad 1.



descrizione rigorosa delle azioni considerate e questa descrizione impone a volte che tale azione sia categoricamente proibita¹⁸.

4. Considerazioni conclusive

Tramite lo studio sviluppato in questo presente articolo, si può percepire come uno dei principali equivoci delle teorie che provano a dare fondamento alla bioetica sia la questione di esigere principi morali rigidi e universali. Tale questione dell'insufficienza del principlismo, collegata alla sua incapacità di spiegare il pluralismo e la sua tendenza a ridurre l'insieme della riflessione morale a un denominatore comune, ha condotto Onora O'Neill, una delle più importanti autrici della corrente del principlismo¹⁹, a mostrare che l'indeterminazione dei principi costituisce la sua caratteristica essenziale, e non il suo difetto. Secondo O'Neill, mentre la scuola del principlismo di Tom Beauchamp e James Childress suggerisce che la presa di decisione debba basarsi sui canonici 4 principi i suoi oppositori dichiarano che il *focus* delle risoluzioni nel sistema dei principi è formalmente inadeguato, una volta che questi sarebbero tanto assurdi o indeterminati che fallirebbero nell'orientare i processi dell'azione. In questa prospettiva, da una parte, essendo i principi indeterminati, essi non possono sostenere l'adozione di una decisione; dall'altra, intendendoli alla stregua di 'algoritmi'²⁰, essi potrebbero, fino a un certo punto, sostenere tale processo, ma a costo di una scivolosa 'uniformità etica' che andrebbe a discapito delle peculiarità di ogni singolo caso.

Al contrario dei principlisti, i casisti suggeriscono che l'essenza del processo della presa di decisione debba avere come punto di partenza i casi paradigmatici, i quali stabiliscono una piattaforma comune di comparazione e differenza, basata su discernimenti particolari acquisiti nel corso dell'esperienza pratica. Pertanto, argomentano questi ultimi, "soltanto l'attenzione alla specificità dei casi particolari, che i principi puntualmente ignorano, può assicurare una capacità di risposta etica per quanto riguarda le differenze significative"²¹.

Ciononostante, qui giace l'inganno, conforme alla spiegazione di O'Neill

¹⁸ Cfr. G.M. Anscombe (2008) "La philosophie morale moderne", *Klēsis*, 9: 9-31, p. 27.

¹⁹ O. O'Neill, (2001) "Practical Principles & Practical Judgment", *The Hastings Center Report*, 31(4): 15-23.

²⁰ *Ivi*, p. 15.

²¹ *Ivi*, p. 16.



Those who deny that general principles are important for moral deliberation have mostly misunderstood how principles work. Principles do not give us algorithms for living. They identify broad requirements we must live up to, but they do not actually tell us what to do. We are left instead to craft responses that honor our general commitments using the materials of the case at hand²²

In conclusione, sostiene O'Neill, il giudizio pratico riguarda anche l'identificazione di un modo di agire, un canone di accostamento o politiche che considerino la pluralità delle richieste e delle raccomandazioni delle più varie tipologie. La prevenzione, l'attenzione e strutture istituzionali appropriate possono evitare molti problemi, seppure non possono eliminare del tutto i problemi relativi a tale spinosa questione. Lavorare con un sistema di principi richiede l'impegno dell'agente, in modo che il risultato del giudizio pratico non violi i presupposti primari (siano essi etici, legali, sociali, professionali, etc.), e si ricerchi una compensazione ed eventualmente una riparazione per qualsiasi esigenza residua²³.

Possiamo cogliere qui un avvicinamento tra il principialismo di O'Neill e la casistica così come viene illustrata in questo lavoro. A questo punto, pertanto, è possibile affermare che l'approccio casistico non si limita a un mero particolarismo morale che rifiuta completamente l'universalità dei principi. Al contrario, il raziocinio pratico nell'etica non traccia una deduzione formale a partire da assiomi invariabili, bensì si tratta di un esercizio di giudizio dove a partire dai casi concreti, i principi funzionano come regole pratiche che aiutano a deliberare, connettendo i precedenti ai valori adeguati. È un compito non per saggi oratori, ma per il *phrônimos*²⁴. Si tratta cioè dell'uomo prudente, il giudice equanime di Aristotele che delibera a partire dalle circostanze e riesce così a ricollocare la legge e il principio nella propria singolarità. Questo giudice "non è altro se non l'uomo giusto e prudente, colui che prende le decisioni immerso nella particolarità di ogni azione e in funzione di essa"²⁵. Così, abbiamo visto come la tradizione del pensiero etico-filosofico dell'Occidente può fornire fondamenti epistemologici ai nuovi dilemmi della bioetica.

²² *Ivi*, p. 15.

²³ *Ivi*, p. 22.

²⁴ A. Jonsen, S. Toulmin, cit., p. 341.

²⁵ M. Zingano (2007) *Estudos de ética antiga*, San Paolo, Discurso Editorial, p. 348.

L'accesso al suicidio assistito: il caso italiano in prospettiva europea. Riflessioni a margine della sentenza della Corte Costituzionale n. 242 del 2019 nel c.d. 'caso Cappato'

Sofia CIUFFOLETTI*

Centro di ricerca interuniversitario ADIR, Unifi

Daniela RANALLI

Centro di ricerca interuniversitario ADIR, Unifi

ABSTRACT: The paper discusses the legal aspects of the Italian criminal law governing assisted suicide from a European perspective, starting with an analysis of the relevant European Court of Human Rights' case law. As a matter of facts, the European Court of Human Rights has developed a quite cautious case law, affirming and reiterating that no right to die, whether at the hands of a third person or with the assistance of a public authority, can be derived from Article 2 of the Convention. At the same time, this same Court has introduced the principles of personal autonomy and human dignity, which seem to be the most dynamic perspectives for future developments of the case law on this subject. The Italian case shows to which extent the judicial power is actively engaging in a redefinition of the rights connected to end of life issues, covering for the idleness of the policy makers.

1. Introduzione

Il caso italiano in merito al suicidio assistito appare come una delle prospettive più interessanti per ragionare giuridicamente intorno al 'diritto di morire'. D'altra parte, proprio su questo terreno, l'esperienza transnazionale (europea e internazionale) ha mostrato come le risposte giurisprudenziali siano, a oggi, il vero motore del riallineamento del giuridico con il mutamento dei fenomeni sociali e della coscienza materiale in materia di fine vita.

* Contatto Sofia CIUFFOLETTI | sofia.ciuffoletti@unifi.it



Eppure, proprio su questo tema, la giurisprudenza di una Corte internazional-regionale come la Corte Europea dei diritti dell’Uomo, mostra un atteggiamento molto cauto, in parziale contrasto con la propria giurisprudenza in tema di consenso alle cure mediche. La giurisprudenza della CEDU sarà analizzata, a partire dal celebre caso *Pretty c. Regno Unito*¹, che segna i confini giuridici del tema, a partire dalla cornice dei diritti rilevanti (artt. 2, 3 e 8) e giunge ad approdi argomentativi talmente persuasivi e performativi (riassumibili nella massima per cui “il diritto alla vita non può essere interpretato in maniera da conferire alla persona un diritto diametralmente opposto, come il diritto alla morte”) da essere reiteratamente utilizzati dalle Corti italiane che hanno nel tempo deciso in merito alla validità della fattispecie penale del suicidio assistito.

D’altronde saranno analizzati gli ulteriori sviluppi giurisprudenziali che permettono, se non di mettere apertamente in crisi il ‘paradigma Pretty’, quantomeno di individuare esiti ulteriori e fornire ulteriori riflessioni capaci di ingenerare una discussione giurisprudenziale sui limiti e i confini di autonomia, dignità e autodeterminazione nel fine vita. Insomma, seppur non esiste un diritto di morire, esiste un diritto alla dignità anche nella morte?

All’interno di questo sistema giurisprudenziale europeo, sarà presentato il caso italiano, passando al vaglio della riflessione critica la fattispecie incriminatrice di cui all’art. 580 c.p. e, tentando di traslarne la genesi all’interno della cintura protettiva dei principi personalistici, della autodeterminazione e della dignità di cui agli artt. 2, 13, 32 Cost.

2. Fine vita e Corte Europea dei diritti dell’uomo. Il suicidio assistito nella giurisprudenza CEDU

La Corte Europea dei diritti dell’Uomo si è per la prima volta occupata, nel merito², di suicidio assistito nel celebre caso *Pretty c. Regno Unito*, in cui la ricorrente affetta da sclerosi laterale amiotrofica in fase terminale e quasi completamente paralizzata, chiedeva l’assistenza

¹ *Pretty c. Regno Unito*, sentenza del 29 aprile 2002, n. 2346/02.

² La questione dell’accesso al suicidio assistito era già stata sottoposta all’attenzione della Corte nel caso *Sanles c. Spagna* (decisione d’irricevibilità del 26 ottobre 2000, n. 48335/99), dichiarato irricevibile. Il ricorso era stato introdotto dal cognato della ricorrente, divenuta tetraplegica in seguito ad un incidente avvenuto nel 1968 e che si era poi suicidata nel 1998, con l’aiuto di una terza persona, quando la procedura interna istaurata allo scopo di vedersi riconoscere il diritto di morire degnamente era pendente. Per un approfondimento, si veda il rapporto di ricerca “Bioetica e giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell’uomo”, consultabile online sul sito internet della Corte https://www.echr.coe.int/Documents/Research_report_bioethics_FRA.pdf.



del marito per poter interrompere le proprie sofferenze e procurarsi la morte. Il diritto penale inglese vietava l'aiuto al suicidio e il marito della ricorrente sarebbe incorso in una condanna penale se l'avesse aiutata nel suo proposito. La ricorrente lamentava la violazione degli art. 2, 3 e 8 della Convenzione.

La Corte ha avuto da subito una posizione molto chiara nell'affermare che il diritto alla vita non include il diritto di disporre né quello di pianificare la propria morte. La Corte ha enfaticamente affermato che far derivare un diritto di morire dal diritto alla vita, garantito dall'art. 2 della Convenzione, sarebbe un'evidente forzatura linguistica³. Allo stesso modo, ha affermato che l'art. 3 della Convenzione, che vieta in termini assoluti la tortura e i trattamenti inumani e degradanti, non può che essere interpretato alla luce dell'art. 2, per cui il divieto di suicidio assistito, sebbene possa in ultimo aver l'effetto di protrarre una sofferenza e una condizione percepita come lesiva della dignità, non può essere considerato come un trattamento inumano e degradante imputabile alla responsabilità dello Stato⁴. Una soluzione diversa sarebbe contraddittoria rispetto all'interpretazione del diritto alla vita e contraria al principio d'interpretazione coerente della Convenzione, da considerarsi come un unico complesso di disposizioni armoniose a tutela dei diritti e libertà fondamentali.

Nessuna delle due norme fondamentali della Convenzione, custodi dei valori essenziali di ogni società democratica ed espressione dei beni giuridici più preziosi dell'individuo, la vita e la dignità, risulta dunque d'aiuto per coloro che intendano porre fine alla propria esistenza in maniera dignitosa.

Lo strumento attraverso il quale la questione dell'accesso al suicidio assistito entra nell'ambito di applicazione *ratione materiae* della Convenzione, beneficiando della tutela convenzionale, è l'art. 8 che garantisce il diritto al rispetto della vita privata e familiare.

L'art. 8 della Convenzione rappresenta il vero motore della giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo, il terreno sul quale l'opera ermeneutica dei giudici di

³ *Pretty*, cit., "L'article 2 ne saurait, sans distorsion de langage, être interprété comme conférant un droit diamétralement opposé, à savoir un droit à mourir; il ne saurait davantage créer un droit à l'autodétermination en ce sens qu'il donnerait à tout individu le droit de choisir la mort plutôt que la vie. La Cour estime donc qu'il n'est pas possible de déduire de l'article 2 de la Convention un droit à mourir, que ce soit de la main d'un tiers ou avec l'assistance d'une autorité publique".

⁴ *Ibidem*, "L'article 3 doit être interprété en harmonie avec l'article 2, qui lui a toujours jusqu'ici été associé comme reflétant des valeurs fondamentales respectées par les sociétés démocratiques. Ainsi qu'il a été souligné ci-dessus, l'article 2 de la Convention consacre d'abord et avant tout une prohibition du recours à la force ou de tout autre comportement susceptible de provoquer le décès d'un être humain, et il ne confère nullement à l'individu un droit à exiger de l'État qu'il permette ou facilite son décès."

Strasburgo ha raggiunto la sua maggiore espressione. Attraverso l'interpretazione *dinamica*⁵ dei giudici di Strasburgo è stato possibile estendere l'ambito di applicazione della Convenzione e le tutele convenzionali a tutta una serie di situazioni in principio escluse. Si pensi alla tutela dell'ambiente, dei diritti riproduttivi, dell'identità e dell'orientamento sessuale. La Corte ha costantemente ripetuto nella sua giurisprudenza che la nozione di vita privata è una nozione ampia, che non si presta ad una definizione esaustiva, che include aspetti dell'integrità fisica e morale della persona⁶, della sua identità fisica e sociale (il nome⁷, le proprie origini⁸, l'identità di genere⁹, l'orientamento sessuale¹⁰). Include il diritto allo sviluppo personale e il diritto di stabilire e mantenere dei legami con altri individui e con il mondo esterno. Per la prima volta nel caso *Pretty*, la Corte ha fatto discendere direttamente dall'art. 8 un diritto all'autodeterminazione, e ha affermato:

senza in nessun modo negare il valore sacro della vita umana, la nozione di qualità della vita prende forma e trova tutela attraverso l'art. 8 della Convenzione. In un'epoca in cui i progressi della medicina sono notevoli e l'aspettativa di vita si allunga, le persone possono vedersi obbligate a restare in vita nonostante le proprie facoltà fisiche o mentali siano considerevolmente compromesse, trovandosi così costrette a un'esistenza che si colloca agli antipodi della propria percezione di sé¹¹

La sottoposizione a una simile condizione entra in contrasto con la dignità e la libertà della persona, valori che rappresentano l'essenza stessa della Convenzione¹². La sentenza *Pretty* ha avuto il pregio di estendere la tutela convenzionale all'accesso al suicidio, ricondotto nell'alveo del diritto all'autonomia personale e nell'ambito di applicazione

⁵ In questi termini, F. Sudre [a cura di] (2017) *Les grands arrêts de la Cour Européenne des droits de l'homme*, PUF.

⁶ Cfr. *X e Y c. Paesi-Bassi*, sentenza del 26 marzo 1985 § 22.

⁷ Cfr. *Cusan e Fazzo c. Italia*, sentenza del 7 gennaio 2014, n. 77/07.

⁸ Cfr. *Odièvre c. Francia*, sentenza del 13 febbraio 2003, n. 4236/98.

⁹ Cfr. *Christine Goodwin c. Regno Unito*, sentenza dell'11 luglio 2002, n. 28957/95.

¹⁰ Cfr. *Dudgeon c. Regno Unito*, sentenza del 22 gennaio 1981, n. 7525/76.

¹¹ Cfr. *Pretty c. Regno Unito*, cit., § 61.

¹² *Ibidem*, "La dignité et la liberté de l'homme sont l'essence même de la Convention. Sans nier en aucune manière le principe du caractère sacré de la vie protégé par la Convention, la Cour considère que c'est sous l'angle de l'article 8 que la notion de qualité de la vie prend toute sa signification. A une époque où l'on assiste à une sophistication médicale croissante et à une augmentation de l'espérance de vie, de nombreuses personnes redoutent qu'on ne les force à se maintenir en vie jusqu'à un âge très avancé ou dans un état de grave délabrement physique ou mental aux antipodes de la perception aiguë qu'elles ont d'elles-mêmes et de leur identité personnelle" (traduzione nostra).

dell'art. 8 della Convenzione, e di riconoscere che la limitazione del diritto di morire dignitosamente rappresenta un'ingerenza nel diritto all'autodeterminazione. Tuttavia, a differenza degli art. 2 e 3 della Convenzione, l'art. 8 non ha carattere assoluto e inderogabile, ma è suscettibile di limitazioni, purché rispondenti a un criterio di proporzionalità. La valutazione di proporzionalità lascia un ampio margine di manovra sia alla Corte che, svincolata dai rigidi parametri degli art. 2 e 3 della Convenzione, verifica che lo Stato abbia garantito un giusto equilibrio tra le esigenze di tutela dell'interesse generale e il sacrificio dell'autonomia individuale, sia allo Stato che dispone di ampia discrezionalità nel perseguire e realizzare tale equilibrio.

Come sottolineato espressamente dalla Corte, gli Stati possono legittimamente controllare e reprimere, attraverso l'applicazione del diritto penale, le attività che possono arrecare pregiudizio alla vita o alla sicurezza altrui. Non solo tale operazione è del tutto legittima, ma anche necessaria per soddisfare le esigenze convenzionali e adempiere all'obbligo positivo, derivante dall'art. 2 della Convenzione, di predisporre un quadro normativo adeguato e adottare tutte le misure necessarie per proteggere e tutelare il diritto alla vita. Agli occhi della Corte, la disposizione penale che vietava, nel Regno Unito, l'accesso al suicidio assistito mirava a tutelare la vita e la salute delle persone considerate vulnerabili e lo Stato inglese non aveva ecceduto le sue prerogative nella predisposizione di tale quadro normativo.

Successivamente alla sentenza *Pretty*, la Corte ha progressivamente esteso il diritto all'autonomia individuale, fino a includere espressamente in questa nozione “il diritto di un individuo di decidere in che modo e in quale momento la propria vita debba finire, a condizione che sia in grado di determinare autonomamente la propria volontà e agire di conseguenza”¹³ e ha tratteggiato un corredo di obblighi positivi dello Stato in questa materia. La giurisprudenza non è abbondante e si limita essenzialmente a una serie di casi contro la Svizzera, uno dei pochi paesi del Consiglio d'Europa che autorizza il suicidio assistito, e a un caso contro la Germania.

Nel caso *Haas c. Svizzera*, riguardante l'impossibilità per il ricorrente, affetto da un grave disturbo bipolare, di ottenere una dose di pentobarbital sodico senza ricetta medica, la Corte è stata chiamata a pronunciarsi sulla legittimità di una tale limitazione in un

¹³ *Haas c. Svizzera*, sentenza del 20 gennaio 2011, n. 31322/07, §51, trad. nostra.

ordinamento giuridico, quale quello svizzero, che autorizzava, entro certi limiti, l'accesso al suicidio assistito. Il caso ha fornito l'occasione per precisare, da un lato, che gli Stati dispongono di un ampio margine d'apprezzamento in materia, dal momento che non esiste un consenso a livello europeo sull'accesso al suicidio e le legislazioni nazionali tendono, nella maggioranza dei paesi europei, a riconoscere un maggior peso alla "tutela della vita dell'individuo piuttosto che al diritto di quest'ultimo di mettersi fine"¹⁴. D'altra parte invece, la Corte si è spinta oltre quanto affermato nel precedente inglese e ha tratteggiato la possibilità di declinare un obbligo positivo dello Stato di prendere le misure necessarie per consentire alle persone interessate di morire con dignità¹⁵. Dal momento che lo Stato autorizza il suicidio assistito, deve dotarsi di un quadro normativo adeguato, prevedibile e accessibile, che consenta agevolmente sia alle persone interessate che al personale medico di comprendere entro quali limiti e a quali condizioni il diritto di morire con dignità può essere esercitato.

L'esistenza e la portata degli obblighi positivi dello Stato è stata chiarita dalla Corte nella sentenza *Gross c. Svizzera*¹⁶, che riguardava il ricorso presentato da una donna anziana, non affetta da alcuna patologia clinica, che intendeva accedere al suicidio assistito e non aveva potuto ottenere alcuna prescrizione medica che la autorizzasse. Il giudizio della Corte riguardava essenzialmente l'adeguatezza del quadro normativo, in termini di chiarezza e di prevedibilità. La Corte ha considerato che

l'incertezza sull'esito della propria domanda riguardante un aspetto particolarmente importante della propria vita deve aver causato alla ricorrente un grado considerevole di angoscia. L'interessata deve essersi trovata uno stato di angoscia e di incertezza riguardo alla portata del proprio diritto di mettere fine alla propria vita, situazione che non si sarebbe prodotta in

¹⁴ *Haas*, cit., §55, trad. nostra. Si riporta, per comodità, il testo originale dell'intero periodo: "l'on est loin d'un consensus au sein des Etats membres du Conseil de l'Europe quant au droit d'un individu de décider de quelle manière et à quel moment sa vie doit prendre fin. En Suisse, selon l'article 115 du code pénal, l'incitation et l'assistance au suicide ne sont punissables que lorsque l'auteur de tels actes les commet en étant poussé par un « mobile égoïste ». A titre de comparaison, les pays du Benelux, notamment, ont dépénalisé l'acte d'assistance au suicide, mais uniquement dans des circonstances bien précises. Enfin, certains autres pays admettent seulement des actes d'assistance « passive ». Force est de constater que la grande majorité des Etats membres semble donner plus de poids à la protection de la vie de l'individu qu'à son droit d'y mettre fin. La marge d'appréciation des Etats est donc considérable dans ce domaine".

¹⁵ *Ivi*, §61: "même à supposer que les États eussent une obligation positive d'adopter des mesures permettant de faciliter la commission d'un suicide dans la dignité, les autorités suisses n'avaient pas méconnu cette obligation en l'espèce".

¹⁶ *Gross c. Svizzera*, sentenza del 14/05/2013, n. 67810/10.



presenza di indicazioni e linee guida chiare per i medici in ipotesi di questo tipo e che chiariscano a quali condizioni e entro quali limiti i medici possano prescrivere dei farmaci eutanasi per le persone che, nell'esercizio della loro libera volontà, abbiano deciso di morire, nonostante non versino in una particolare condizione patologica¹⁷

La Corte ha sottolineato che situazioni di questo tipo sollevano degli interrogativi etici e morali profondi, rispetto ai quali è difficile trovare un'unica risposta, che benefici di un largo consenso a livello politico. Tali difficoltà, nota la Corte, sono tuttavia inerenti al processo democratico e non possono giustificare un'inerzia dello Stato, che non può sottrarsi al compito di disciplinare tali fenomeni e trovare un giusto equilibrio tra gli interessi contrapposti coinvolti.

Basandosi su tali considerazioni, la Corte ha ritenuto che il diritto svizzero, pur prevedendo la possibilità di ottenere, dietro prescrizione medica, una dose letale di pentobarbital sodico, non offriva delle linee guida chiare che consentissero di determinare la portata di tale diritto. L'assenza di chiarezza e prevedibilità del quadro normativo, non consentendo una chiara definizione della portata e delle condizioni di esercizio del diritto di morire dignitosamente, ha determinato la violazione dell'art. 8 della Convenzione.

È attualmente pendente davanti alla Corte Europea il caso *Mortier c. Belgio*, che riguarda l'eutanasia della madre del ricorrente, affetta da depressione cronica, effettuata da un medico all'insaputa del ricorrente e di sua sorella. La Corte dovrà valutare se la legislazione belga tuteli o meno in maniera adeguata il diritto alla vita delle persone sottoposte alla sua giurisdizione.

¹⁷ *Gross*, cit., §66, trad. nostra: "l'incertitude quant à l'issue de sa demande dans une situation concernant un aspect particulièrement important dans sa vie doit avoir causé à la requérante un degré considérable d'angoisse. Elle conclut que l'intéressée doit s'être trouvée dans un état d'angoisse et d'incertitude concernant la portée de son droit à mettre fin à ses jours, ce qui n'aurait pas été le cas s'il avait existé des orientations claires et approuvées par l'État définissant les circonstances dans lesquelles les médecins pourraient établir l'ordonnance demandée dans les affaires où un individu est parvenu à la décision grave, dans l'exercice de sa volonté libre, de mettre fin à ses jours, mais où la mort n'est pas imminente en conséquence d'un état médical spécifique. La Cour reconnaît qu'il peut y avoir des difficultés à trouver le consensus politique nécessaire sur des questions aussi controversées, qui ont un impact éthique et moral profond. Toutefois, ces difficultés sont inhérentes à tout processus démocratique et ne sauraient dispenser les autorités de remplir leur tâche en la matière".

3. Il caso italiano. Analisi e valutazioni prospettiche

Il caso italiano mostra come, in questo tema, la risposta di politica legislativa abbia abdicato in favore della decisione giurisprudenziale, rimettendo alla Corte costituzionale il compito di allineare il *corpus* normativo ai mutamenti della società.

La scelta del legislatore italiano in tema di suicidio assistito, infatti, coincide con la penalizzazione della condotta descritta nella fattispecie incriminatrice di cui al Codice Rocco¹⁸. La *ratio* della norma risiedeva, al tempo, nel principio di indisponibilità della vita umana¹⁹, bene da tutelare certo in funzione di interessi individuali, ma soprattutto “del supremo interesse dello Stato allo sviluppo progressivo della razza”²⁰, mentre il suicidio era considerato un comportamento antigiusuridico esente da pena per ragioni di opportunità politica²¹.

Traslare la fattispecie di cui all’art. 580 c.p. nell’odierno contesto costituzionale e personalistico che vede la vita come bene eminentemente individuale è, dunque, operazione necessaria se si vuole affermare il permanere di un’area di validità dell’aiuto al suicidio.

Come ben evidenziato nell’ordinanza di rimessione della Corte d’Assise di Milano nel caso Cappato, i confini costituzionali, in questa operazione di *traslatio*, sembrano essere il principio personalistico, l’inviolabilità della libertà personale e il principio di autodeterminazione²².

¹⁸ Art. 580 c.p. *Istigazione o aiuto al suicidio*.

¹⁹ Si veda il testo della *Relazione al Progetto definitivo del Ministro Alfredo Rocco in Lavori preparatori del codice penale e del codice di procedura penale*, V-II, Roma, 1929, p. 375.

²⁰ Ivi, p. 365. In dottrina, cfr. V. Manzini (1951) *Trattato di diritto penale italiano*, VIII, Torino, Utet, 7 ss., per cui il bene della vita avrebbe “natura pubblicistica” dato che “l’essenza, la forza e l’attività dello Stato” risiederebbero “nella popolazione, cioè nell’unione di tutti i cittadini (ci sono, invero, individui del tutto inutili o anche dannosi per la collettività)”. *Contra*, sulla personalistica dei delitti contro la vita, si veda per tutti G. Fiandaca, E. Musco (2013) *Diritto penale. Parte speciale*, II, Bologna, Zanichelli, 2 ss.

²¹ Sempre dalla *Relazione al Progetto definitivo del Ministro Alfredo Rocco*, cit., p. 375-76: “Prevalenti considerazioni politiche, ispirate a ragioni di prevenzione, ossia precisamente allo scopo di contribuire alla conservazione del bene giuridico della vita, impedendo che di essa si faccia scempio con più meditata preordinazione di mezzi e con più ponderata esecuzione per tema di incorrer e ne i rigori della legge penale, hanno condotto le legislazioni più recenti ad escludere il suicidio dal novero dei reati, limitando la punizione ai casi di partecipazione all’altrui suicidio.”

²² Ass. Milano, 14 febbraio 2018, n. 1, in www.giurisprudenzapenale.com: “Il diritto alla vita non è stato direttamente enunciato dalla Carta costituzionale, ma costituisce il presupposto di ogni diritto riconosciuto all’individuo e si definisce attraverso questi. Principio cardine della Costituzione è quello personalistico, che pone «l’uomo» e non lo Stato al centro della vita sociale e afferma “l’inviolabilità dei suoi diritti» come valore preminente. Seppur sull’individuo incombono significativi obblighi (obblighi di solidarietà politica, economica e sociale come definiti all’art. 2 Cost.), proprio per la preminenza dell’individuo nella struttura sociale del Paese, la vita umana non può essere concepita in funzione di un fine eteronomo rispetto al suo titolare. A ciascun individuo è inoltre garantita la libertà personale rispetto a interferenze arbitrarie dello Stato (art. 13

Così determinato il nuovo campo costituzionale entro i cui margini testare la perdurante validità della fattispecie di cui all'art. 580 c.p., alcuni casi hanno chiamato la giurisprudenza di merito, di legittimità e poi costituzionale a costruire una nuova argomentazione a sostegno del suicidio assistito.

Il caso Welby, fra tutti, è quello che ha costretto la giurisprudenza ad affrontare il nodo non soltanto dell'affermazione di un diritto, come quello all'autodeterminazione, ma finanche a riconoscere che tale affermazione necessita di una conseguente azione che ne garantisca l'effettività:

quando si riconosce l'esistenza di un diritto di rango costituzionale, quale è quello all'autodeterminazione individuale e consapevole in materia di trattamento sanitario, non è poi consentito lasciarlo senza tutela, rilevandone, in assenza di una normativa secondaria di specifico riconoscimento, la sua concreta inattuabilità sulla scorta di disposizioni normative di fonte gerarchica inferiore a contenuto contrario, quali gli artt. 5 c.c., che vieta gli atti di disposizione del proprio corpo tali da determinare un danno permanente e 575, 576, 577, n.3, 579 e 580 c.p., che puniscono in particolare l'omicidio del consenziente e l'aiuto al suicidio, nonché quali gli artt. 35 e 37 del codice di deontologia medica (...) L'affermazione nella Carta costituzionale del principio che sancisce l'esclusione della coazione in tema di trattamenti sanitari (e quindi della necessità del consenso del malato) ha come necessaria consecuzione il riconoscimento anche della facoltà di rifiutare le cure o di interromperle, che a sua volta, non può voler significare l'implicito riconoscimento di un diritto al suicidio, bensì soltanto l'inesistenza di un obbligo a curarsi a carico del soggetto²³

Cost.) e da questo diritto primario deriva, per quanto rileva ai fini del decidere, "il potere della persona di disporre del proprio corpo» (12) e che "la persona non possa essere costretta a subire un trattamento sanitario non voluto in assenza di una norma che esplicitamente lo imponga» (13). Da questi stessi principi costituzionali deriva la libertà per l'individuo di decidere sulla propria vita ancorché da ciò dipenda la sua morte. Che il diritto alla libertà non trovi un limite in funzione di considerazioni eteronome rispetto alla vita (a esempio, in funzione di obblighi solidaristici), si evince dall'assenza di divieti all'esercizio di attività per sé pericolose e dall'assenza nella nostra Carta costituzionale dell'obbligo di curarsi (14). L'obbligo a sottoporsi a una determinata terapia può intervenire solo per legge e solo ai fini di evitare di creare pericolo per gli altri (15). Solo in questi limiti può essere compreso il diritto alla libertà dell'individuo a decidere sulla propria vita. Il diritto alla libertà e all'autodeterminazione, che è declinato nell'art. 32 della Costituzione con riferimento ai limiti dei doveri/poteri d'intervento dello Stato a tutela della salute delle persone, è stato affermato in modo chiaro dalla giurisprudenza costituzionale e di legittimità in materia di trattamenti terapeutici, riconoscendo in modo sempre più deciso il diritto del paziente all'autodeterminazione nell'individuare le cure a cui sottoporsi e l'obbligo di rispettarne la decisione, anche se da questo possa derivare la sua morte."

²³ Sentenza del GUP di Roma del 23 luglio 2007.

Già in questa pronuncia di merito si impostano i termini entro cui si muoveranno i successivi interventi giurisdizionali e legislativi. Da una parte, infatti, la sentenza individua nell'art. 13 Cost. il fondamento del diritto della persona a decidere della propria vita e del limite al diritto dello Stato a intervenire sulla salute (ex art. 32 Cost.), dall'altra a pronuncia contiene la precisa affermazione che dalla cintura costituzionale creata dagli articoli 2, 13, 32, non discende un "implicito riconoscimento del diritto al suicidio" e d'altra parte il caso, nella sua dimensione fattuale, presentava la questione della interruzione della terapia salvavita e non quella "dell'attivazione *ex novo* di un intervento terapeutico finalizzato al decesso del paziente".

Anche nel successivo caso Englaro, la Corte di Cassazione²⁴ ribadisce il diritto all'autodeterminazione terapeutica e il "diritto a lasciarsi morire". D'altra parte la stessa Cassazione costruisce un'argomentazione giuridica che connette la morte alla vita e alla salute, come una delle sue fasi che deve essere intesa, giuridicamente e vissuta nel rispetto del principio della dignità umana:

il diritto alla salute, come tutti i diritti di libertà, implica la tutela del suo risvolto negativo: il diritto di perdere la salute, di ammalarsi, di non curarsi, di vivere le fasi finali della propria esistenza secondo canoni di dignità propri dell'interessato, finanche di lasciarsi morire²⁵

In questo orizzonte, d'altronde, tutta la discussione giuridica in tema di autodeterminazione si imposta secondo una prospettiva di salute, malattia e morte 'naturalisticamente' intesa. Ossia, ciò che la giurisprudenza italiana garantisce è il diritto di autodeterminarsi in ordine alle cure, anche quando queste siano terapie salvavita:

Il rifiuto delle terapie medico-chirurgiche, anche quando conduce alla morte, non può essere scambiato per un'ipotesi di eutanasia, ossia per un comportamento che intende abbreviare la vita, causando positivamente la morte, esprimendo piuttosto tale rifiuto un atteggiamento di scelta, da parte del malato, che la malattia segua il suo corso naturale²⁶

²⁴ Cass. civ. sez. I, 16 ottobre 2007 n. 21748.

²⁵ *Ivi.*

²⁶ *Ivi.*

In questo senso, si riconnette la scelta dell'individuo a una matrice naturalistica che, seppur di difficile ricostruzione medica, assurge a strumento giuridico che permette di collegare l'autodeterminazione dell'individuo con un fenomeno naturale, l'evento morte, che artificialmente la conoscenza medica riesce a dilazionare e posticipare nel tempo. Proprio questa dilazione, questa posticipazione, questo artificio possono essere rifiutati dalla persona nell'esercizio di una limitata e naturalistica versione dell'autodeterminazione: si è liberi di autodeterminarsi sì, ma nei limiti di ciò che fatalmente e naturalmente sarebbe stata la morte naturale della persona.

E proprio la Cassazione, nel caso Englaro, ha buon gioco nel citare gli esiti argomentativi e decisionali della Corte EDU nel caso *Pretty*, scindendo il legame previamente costruito tra diritto alla salute e diritto a perdere la salute e a vivere le fasi terminali della propria vita in accordo con il principio di dignità umana e affermando che il diritto alla vita non può essere interpretato come presupposto di “un diritto di morire, né ... può creare un diritto di autodeterminazione, nel senso di attribuire a un individuo la facoltà di scegliere la morte piuttosto che la vita”²⁷.

3.1. La legge n. 219 del 22 dicembre 2017. I confini normativi del ‘diritto a lasciarsi morire’

A seguito dei due casi summenzionati e della discussione pubblica, politica e giuridica che ne derivava, il legislatore italiano interviene per la prima volta a dare una cornice normativa al “diritto a lasciarsi morire” fino ad allora costruito solo per via pretoria e soggetto alle incerte correnti della volontà politica e del dibattito pubblico (seppur, per espressa affermazione del GUP di Roma nel caso Welby, il diritto di autodeterminazione terapeutica sussiste a prescindere “da una normativa secondaria di specifico riconoscimento”).

Il diritto a morire rifiutando i trattamenti sanitari è stato quindi riconosciuto dal legislatore italiano con la legge n. 219 del 22 dicembre 2017, norma che individua come precipui parametri costituzionali i diritti sanciti agli artt. 2, 13 e 32 della Costituzione e le previsioni di cui agli artt. 1, 2 e 3 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

²⁷Cass. civ. sez. I, 16 ottobre 2007 n. 21748.



Fondandosi su queste premesse ideologiche e normative (diritto alla vita, salute, dignità e autodeterminazione), la norma costruisce un sistema di tutela dell'autodeterminazione terapeutica attraverso una serie di indicazioni, legate alla sola prospettiva della rinuncia alle cure e della scelta per l'opzione della 'morte naturale'.

Il paziente può, quindi, esprimere la rinuncia o il rifiuto di trattamenti sanitari necessari alla propria sopravvivenza e il medico è tenuto a rispettare la volontà espressa del paziente, salvo l'obbligo di prospettare al paziente le conseguenze della sua decisione e le possibili alternative alla stessa, oltre a promuovere ogni azione di sostegno, anche psicologico, in suo favore (art.1). All'art. 2 viene poi garantita la somministrazione di una adeguata terapia del dolore con l'erogazione delle cure palliative e, in caso di paziente con prognosi infausta a breve termine o di imminenza di morte, il ricorso alla sedazione palliativa profonda continua in associazione con la terapia del dolore, con il consenso del paziente.

La norma del 2017, quindi, disegna un sistema teso a tutelare unicamente il diritto a lasciarsi morire e circonda questo diritto di ogni cautela, dalle informazioni adeguate sulle conseguenze della scelta di rinuncia o rifiuto dei trattamenti sanitari necessari alla sopravvivenza, alla previsione di un sostegno psicologico, alla previsione del ricorso alla sedazione palliativa profonda continuata, come accompagnamento alla morte che consegua alla rinuncia o rifiuto delle cure salvavita.

La legge, quindi, si mantiene entro i confini ristretti della morte come conseguenza della rinuncia o del rifiuto delle cure, ma l'artificio giuridico-argomentativo (ci sia permesso l'ossimoro) della morte naturale non può essere fino in fondo mantenuto. Il rifiuto di nutrizione artificiale, infatti, apre già una prospettiva che scardina l'impostazione del rifiuto delle cure come abbandono alla morte naturale, in quanto:

il prevedere per il paziente la possibilità di rifiutare la nutrizione artificiale comportava di fatto riconoscere il suo diritto di scegliere di morire non già a causa della malattia, ma per la privazione di sostegni vitali (ovvero per una cosiddetta eutanasia indiretta omissiva)²⁸

²⁸ Ass. Milano, 14 febbraio 2018, n. 1, cit.

Allo stato, dunque, l'ipotesi del suicidio assistito non viene riconosciuta dalla legge del 2017 che, anzi, all'art. 1 espressamente afferma che “non è possibile richiedere al medico trattamenti contrari a norme di legge o alla deontologia professionale”. Non è possibile, quindi, pretendere dai medici del Servizio pubblico la somministrazione o la prescrizione di un farmaco che procuri la morte.

Se consideriamo l'orizzonte della dignità, le situazioni tipo che questo impianto normativo tutela, in fin dei conti, sono i casi di malattia giunta a uno stadio talmente avanzato da necessitare di nutrizione artificiale, idratazione artificiale e respirazione artificiale per il mantenimento in vita. I casi, insomma, (come quello di Pergiorgio Welby) in cui la scelta di rinuncia o rifiuto delle cure, accompagnata dal ricorso alla sedazione palliativa profonda continuata, può costituire un'opzione di accompagnamento a una morte in tempi repentini.

Se misuriamo questa normativa con il caso esemplificato dalla vicenda umana e giuridica di Fabiano Antoniani, i limiti della costruzione normativa del legislatore del 2017 appaiono in tutto il loro portato di frizione rispetto al principio di dignità, asseritamente indicato come uno dei cardini assiologici dell'azione normativa e a quello di non discriminazione.

La condizione di un paziente affetto da patologia irreversibile, fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, tenuto in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, eppure non completamente dipendente da nutrizione, idratazione o respirazione artificiale, può comportare una lesione al diritto di lasciarsi morire “con dignità”. In questi casi, infatti, l'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale con contestuale sedazione non garantisce una morte in tempi repentini; il paziente sedato mantiene una ‘parvenza di vita’ che continua nell'incoscienza del paziente e nella partecipazione angosciosa dei familiari. Si tratta, quindi, di una tutela dimidiata dell'autodeterminazione, in quanto la scelta di ‘lasciarsi morire’ appare incardinata più sul ‘lasciarsi’ che sul ‘morire’.

Se, infatti, la scelta di rifiutare o rinunciare a trattamenti di sostegno vitale necessari alla sopravvivenza appare, di fatto, una delle scelte più ultimative e definitive che un essere umano possa compiere, l'ordinamento italiano sembra ancorare drammaticamente questa decisione finale che è ‘scelta di morire in senso pieno’ a una gradualità, ‘il diritto a lasciarsi morire’, che non corrisponde, lo abbiamo osservato *supra*, ormai più a un concetto medico di morte naturale.

In questo senso la prospettiva della dignità acquista un valore altamente relativo e personalistico. Si tratta, infatti, di ricostruire la vita con dignità e la morte con dignità, secondo quella particolare concezione di dignità espressa da ogni persona.

3.2. La Corte costituzionale e il riallineamento della prospettiva del fine vita con il principio di dignità

L'intervento della Corte costituzionale a conclusione del caso Cappato²⁹ ha mostrato di tenere in considerazione e di passare al vaglio critico le prospettive problematiche appena osservate. D'altronde l'intervento 'graduale' della Corte Costituzionale³⁰ tentava, senza successo, di responsabilizzare il legislatore, indicandogli una serie di paletti costituzionali in modo da sanare il *vulnus* costituzionale riscontrato con l'ordinanza 207/2018. È interessante osservare come, sia nella sentenza che nella precedente ordinanza della Corte costituzionale, venga reiterato il paradigma *Pretty*, da una parte per affermare la insussistenza di un 'diritto di morire' come automatica conseguenza della protezione del diritto alla vita. D'altro lato, la giurisprudenza *Pretty* viene in gioco (seppur non direttamente citata sul punto nella parte in diritto) anche in relazione alla perdurante validità della fattispecie di cui all'art. 580 c.p. e alla *traslatio* della *ratio* di tale norma dal contesto del codice fascista al nuovo corso costituzionale:

A prescindere dalle concezioni di cui era portatore il legislatore del 1930, la *ratio* dell'art. 580 cod. pen. può essere agevolmente scorta, alla luce del vigente quadro costituzionale, nella "tutela del diritto alla vita, soprattutto delle persone più deboli e vulnerabili, che l'ordinamento penale intende proteggere da una scelta estrema e irreparabile, come quella del suicidio. Essa assolve allo scopo, di perdurante attualità, di tutelare le persone che attraversano difficoltà e sofferenze, anche per scongiurare il pericolo che coloro

²⁹ Corte cost., sent. 242/2019.

³⁰ Facendo leva sui "propri poteri di gestione del processo costituzionale", la Corte costituzionale, con ordinanza n. 207 del 2018 fissava una nuova udienza di trattazione delle questioni, a 11 mesi di distanza (ossia al 24 settembre 2019), udienza in esito alla quale avrebbe potuto essere valutata l'eventuale sopravvenienza di una legge regolatrice della materia in conformità alle segnalate esigenze di tutela. La Corte costituzionale intendeva così lasciare al Parlamento la possibilità di assumere le necessarie decisioni rimesse alla sua discrezionalità, evitando che, nel frattempo, la norma potesse trovare applicazione. In questo lasso di tempo nessuna normativa in materia è sopravvenuta. Né, d'altra parte, l'intervento del legislatore appariva imminente. In assenza di ogni determinazione a distanza di 11 mesi dall'ordinanza, la Corte costituzionale pronuncia la sentenza succitata (n. 242/2019) così da rimuovere il *vulnus* costituzionale già riscontrato con l'ordinanza n. 207 del 2018.



che decidono di porre in atto il gesto estremo e irreversibile del suicidio subiscano interferenze di ogni genere”³¹.

La tutela della vulnerabilità, dunque, appare come la prospettiva argomentativa che funge da limite al diritto all'autodeterminazione terapeutica. Tuttavia, la Corte individua chiaramente un'area di illegittimità costituzionale della fattispecie di cui all'art. 580 c.p. che si concretizza nei casi in cui la persona che richiede l'aiuto al suicidio sia “(a) affetta da una patologia irreversibile e (b) fonte di sofferenze fisiche o psicologiche, che trova assolutamente intollerabili, la quale sia (c) tenuta in vita a mezzo di trattamenti di sostegno vitale, ma resti(d) capace di prendere decisioni libere e consapevoli”³².

In questo caso, infatti, il quadro normativo attuale:

non consente, invece, al medico di mettere a disposizione del paziente che versa nelle condizioni sopra descritte trattamenti diretti, non già ad eliminare le sue sofferenze, ma a determinarne la morte. Pertanto, il paziente, per congedarsi dalla vita, è costretto a subire un processo più lento e più carico di sofferenze per le persone che gli sono care. Ne è testimonianza il caso oggetto del giudizio principale, nel quale, “[s]econdo quanto ampiamente dedotto dalla parte costituita, [...] l'interessato richiese l'assistenza al suicidio, scartando la soluzione dell'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale con contestuale sottoposizione a sedazione profonda (soluzione che pure gli era stata prospettata), proprio perché quest'ultima non gli avrebbe assicurato una morte rapida. Non essendo egli, infatti, totalmente dipendente dal respiratore artificiale, la morte sarebbe sopravvenuta solo dopo un periodo di apprezzabile durata, quantificabile in alcuni giorni: modalità di porre fine alla propria esistenza che egli reputava non dignitosa e che i propri cari avrebbero dovuto condividere sul piano emotivo” (ordinanza n. 207 del 2018)³³

Proprio le considerazioni legate alla personale versione della dignità nella vita e nella morte, la Corte costituzionale fonda una decisione storica che riesce, in parte, a sopravanzare, in termini di tutela di quella dimensione così sfuggente, eppure così concreta, che è la dignità umana, la stessa CEDU, che del diritto alla dignità è sempre stata il master indiscusso a livello europeo.

³¹ *Ivi*, §2.2.

³² Corte cost., ordinanza n. 207 del 2018, citata in Corte cost., sent. 242/2019, §2.3.

³³ *Ibidem*.

La considerazione (umana e giuridica, anzi umana) che la Corte costituzionale svolge in relazione alla sedazione illustra perfettamente come l'orizzonte della dignità, interpretata nel senso personalistico dell'autonomia e autodeterminazione, stia prendendo corpo e sostanza nel traghettare la considerazione giuridica in merito alle vicende legate alla fine della vita all'interno del coacervo caotico delle vicende umane:

Al riguardo, occorre in effetti considerare che la sedazione profonda continua, connessa all'interruzione dei trattamenti di sostegno vitale – sedazione che rientra nel *genus* dei trattamenti sanitari – ha come effetto l'annullamento totale e definitivo della coscienza e della volontà del soggetto sino al momento del decesso. Si comprende, pertanto, come la sedazione terminale possa essere vissuta da taluni come una soluzione non accettabile.

Così rinvenuta la sfera di non conformità costituzionale per violazione degli artt. 2, 13 e 32, secondo comma, Cost., la Corte si trova nella difficile posizione di dover, da sola e nella totale afasia del legislatore, scongiurare che la declaratoria di incostituzionalità “dia luogo a intollerabili vuoti di tutela per i valori protetti, generando il pericolo di abusi “per la vita di persone in situazioni di vulnerabilità” (ordinanza n. 207 del 2018)”³⁴.

D'altronde la strada aperta dalla legislazione del 2017 costituisce un punto di riferimento (già ampiamente utilizzato nel *corpus* argomentativo dell'ordinanza 207/2018) che permette di ancorare la tutela da approntarsi nelle more (temiamo lunghe) dell'intervento del legislatore. In questo senso, sarà approntata la ‘procedura medicalizzata’ di cui all'art. 1 comma 5 congiuntamente alle disposizioni di cui all'art. 2 della legge del 2017 (la predisposizione della terapia del dolore e delle cure palliative contiene anche, nell'ottica della Corte costituzionale, un potenziale di dissuasione del proposito suicidario). D'altronde, sarà necessaria la verifica delle condizioni che rendono legittimo l'aiuto al suicidio che deve essere affidata, nella disciplina ‘transitoria’ costruita per via giurisprudenziale, a strutture pubbliche del servizio sanitario nazionale. Saranno queste strutture a dover garantire dal rischio di abusi in danno di persone vulnerabili, oltre a dover tutelare la dignità del paziente e a evitare al medesimo sofferenze.

La particolare valenza della prospettiva di tutela delle vulnerabilità, d'altronde, spinge la Corte costituzionale a chiamare in causa un ulteriore organo terzo che “possa garantire la

³⁴ *Ivi*, §5.



tutela delle situazioni di particolare vulnerabilità. Nelle more dell'intervento del legislatore, tale compito è affidato ai comitati etici territorialmente competenti³⁵.

La Corte costituzionale ha operato, nella sua veste (ormai quasi un *habitus*) di facente funzioni del legislatore, in una materia delicatissima e ha indicato prospettive giuridiche e argomentative capaci di aprire varchi più ampi di tutela, senza d'altronde rompere il 'paradigma *Pretty*' dell'impossibilità di riconoscere un 'diritto alla morte', eppure riconoscendo la necessità di integrare la prospettiva del fine vita con il rispetto e la tutela di quella sfera di dignità che permette di dire che oggi in Italia esiste il 'diritto di morire con dignità'.

4. Considerazioni conclusive

La giurisprudenza europea in materia di accesso al suicidio assistito mostra un progressivo riconoscimento dell'autonomia individuale della persona, senza tuttavia arrivare ad una vera emancipazione e all'esplicito riconoscimento della centralità della volontà paziente, contrariamente a quanto avvenuto nella giurisprudenza in materia di consenso al trattamento sanitario.

L'ampio consenso tra gli Stati europei sul divieto di accanimento terapeutico e sul necessario consenso ai trattamenti sanitari, inclusi quelli salva-vita, ha permesso alla CEDU di assumere in questa materia una posizione ben più audace, che si propone di tutelare l'autonomia personale in maniera molto più incisiva. La Corte ha espressamente riconosciuto, nel caso *Lambert c. Francia*, il "ruolo primordiale della volontà del paziente" rispetto alla sua sottoposizione o meno alle cure mediche e indipendentemente dalla modalità di manifestazione di tale volontà³⁶. Il caso riguardava l'interruzione dell'idratazione e dell'alimentazione artificiale nei confronti di una persona che non aveva formalmente espresso la propria volontà e non era più in grado di esprimerla, trovandosi in stato vegetativo. La complessità del caso era esaltata dall'esistenza di un conflitto tra i familiari del ricorrente sull'opportunità di interrompere o meno il trattamento sanitario in questione.

³⁵ *Ibidem*.

³⁶ *Lambert c. Francia*, § 147.

Nella giurisprudenza sul consenso alle cure mediche, anche quando la decisione del paziente va contro la tutela della vita, portandolo alla morte, il peso giuridico accordato è molto ampio. Contrariamente alla giurisprudenza sul suicidio assistito, in cui la condizione di vulnerabilità viene intesa in maniera paternalista come limitazione della capacità di autodeterminazione quando questa è rivolta contro la vita della persona³⁷, nella giurisprudenza sull'interruzione dell'alimentazione e dell'idratazione artificiale, il rilievo del valore della vita non esclude l'obbligo di rispettare la decisione del malato di porre fine alla propria esistenza tramite l'interruzione dei trattamenti sanitari. Come osservato dalla Corte Costituzionale nella recente sentenza sul caso Cappato, non vi è ragione per cui il medesimo valore debba tradursi in un ostacolo assoluto, penalmente presidiato, all'accoglimento della richiesta del malato di aiuto che valga a sottrarlo al decorso più lento conseguente all'interruzione dei presidi di sostegno vitale³⁸.

La Corte Costituzionale si spinge dunque notevolmente in avanti rispetto a quanto finora affermato dalla Corte di Strasburgo sul diritto di morire. Nonostante questo importante traguardo, tuttavia il sistema italiano non è immune da importanti criticità che potrebbero costare una pronuncia di violazione in sede Europea.

Occorre sottolineare infatti che, sebbene la Corte di Strasburgo lasci un ampio margine d'apprezzamento dello Stato nel trovare un giusto equilibrio tra la tutela della vita e la garanzia dell'autonomia personale, si mostra molto chiara e intransigente nell'imporre una disciplina legislativa dell'accesso al suicidio assistito che risponda agli imperativi di chiarezza e prevedibilità e che realizzi un adeguato bilanciamento degli interessi coinvolti.

La sentenza della Corte costituzionale indica chiaramente la strada da percorrere e fissa essa stessa il punto in cui l'equilibrio tra i diversi interessi costituzionalmente rilevanti debba essere trovato, tuttavia in assenza di un intervento legislativo mirato, auspicato e ravvisato come indispensabile dalla stessa Corte Costituzionale, non può di certo ritenersi adempiuto l'obbligo dello Stato di prevedere un quadro normativo chiaro e accessibile che disciplini l'accesso al suicidio assistito.

³⁷ Si veda *Pretty c. Regno Unito*, cit.

³⁸ Corte Costituzionale, sentenza n. 242 del 219, paragrafo 2.3 del considerato in diritto.



In direzione ostinata e contraria. Sull'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo alla luce del Decreto Salvini

Emilio SANTORO*
Università degli Studi di Firenze

ABSTRACT: In this essay I comment on the recent attempt by the Italian Ministro dell'Interno of preventing the registry of asylum-seekers within the municipality in which they inhabit. Indeed, despite the will expressed by the Ministro through recent circulars and the decree n.113 of 2018, I argue that the Italian constitutional framework prevent this effect thanks to a twofold mechanism. On the one hand, it protects fundamental rights of the individuals regardless of their citizenship; on the other, it confers to judges the task of interpreting ordinary law in order to ensure its compliance to the Constitution. On the basis of this analysis, indeed, I argue that municipalities' officers are entitled to continue with the registry of inhabitant asylum-seekers.

1. Sul divieto di iscrizione anagrafica per i richiedenti asilo

La Circolare N.0083774 del 18/12/2018¹ del Ministero dell'Interno a pagina 6 recita: “ai richiedenti asilo – che, peraltro non saranno più iscritti nell’anagrafe dei residenti (articolo 13) – vengono dedicate le strutture di prima accoglienza (CARA e CAS), all’interno delle quali permangono, come nel passato, fino alla definizione del loro status” (grassetto nella circolare). Dall’inciso che fa riferimento all’articolo 13 del decreto sembra che il Ministero ritenga che una tale disposizione impedisca l’iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo ospitati presso i CARA e i CAS. Questo inciso riprende e ribadisce quanto già affermato dalla

¹ Circolare Ministero dell'Interno - Gabinetto del Ministro - N.0083774 del 18/12/2018 avente ad oggetto: Decreto-legge 4 ottobre 2018, n. 113, recante *Disposizioni urgenti in materia di protezione internazionale e immigrazione, sicurezza pubblica, nonché misure per la funzionalità del Ministero dell'interno e l'organizzazione e il funzionamento dell'Agenzia nazionale per l'amministrazione e la destinazione dei beni sequestrati e confiscati alla criminalità organizzata*, convertito con modificazioni dalla legge 1° dicembre 2018, n. 132.



Circolare 15/2018 Ministero dell'Interno Dipartimento degli affari interi e territoriali – Direzione centrale per i servizi demografici inviata il 18 ottobre 2018, quindi poco dopo la pubblicazione del decreto. In questa circolare il divieto di iscrizione anagrafica era affermato in modo più esplicito e presentato come logica derivazione delle previsioni contenute nell'art. 13 del decreto stesso. La circolare, infatti, dopo aver riportato le disposizioni dell'art. 13 conclude affermando: “Pertanto, dall'entrata in vigore delle nuove disposizioni il permesso di soggiorno per richiesta di protezione internazionale di cui all'art. 4, comma 1 del citato D.lgs. n. 142/2015, non potrà consentire l'iscrizione anagrafica”.

È evidente che l'abolizione del diritto dei richiedenti asilo di iscriversi all'anagrafe della popolazione residente rappresenta la volontà del Ministero dell'Interno, del Ministro Salvini, proponente del decreto. Ma nel nostro sistema costituzionale questa volontà non ha un peso decisivo, essa deve fare i conti l'art. 101 comma 2 della Costituzione secondo cui “I giudici sono soggetti soltanto alla legge”. Il ‘soltanto’ inserito in questa frase sta a ricordarci che il giudice, per il principio della separazione dei poteri, è soggetto alla legge, non a un qualche potere, e sicuramente non a quello esecutivo. Ciò che deve guidare (anche i funzionari pubblici, per evitare inutili ricorsi e processi sulle loro decisioni) nella lettura dei testi normativi è in primo luogo il contesto costituzionale e il sistema di tutela multilivello dei diritti e poi il quadro sistematico rappresentato dall'ordinamento giuridico. Le interpretazioni fornite dalle circolari ministeriali sono rilevanti solo quando sono compatibili con questo quadro.

Se questo è vero si pone il problema se effettivamente l'art. 13 del decreto Salvini, letto in maniera sistematica e costituzionalmente orientata, impedisce l'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo che si trovano nelle strutture di accoglienza. A un'attenta analisi delle disposizioni, per la verità scritte da un legislatore che non sembra avere il dono della chiarezza, appare difficile attribuire loro il senso che le circolari si sforzano di indicare. Una lettura corretta del testo normativo porta a concludere che esso abolisce non il diritto all'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo, ma semplicemente la procedura semplificata per tale iscrizione prevista in fase di conversione in legge del decreto Minniti attraverso l'introduzione dell'articolo 5-bis del D.lgs. 142/2015.



2. Il diritto dei richiedenti asilo ad essere iscritti all'anagrafe

L'analisi prende avvio dall'art. 13 del Decreto Salvini che, data la sua importanza, riportiamo per esteso:

Art. 13 Disposizioni in materia di iscrizione anagrafica

1. Al decreto legislativo 18 agosto 2015, n. 142, sono apportate le seguenti modificazioni: a) all'articolo 4: 1) al comma 1, è aggiunto, in fine, il seguente periodo: «Il permesso di soggiorno costituisce documento di riconoscimento ai sensi dell'articolo 1, comma 1, lettera c), del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445.»; 2) dopo il comma 1, è inserito il seguente: «1-bis. Il permesso di soggiorno di cui al comma 1 non costituisce titolo per l'iscrizione anagrafica ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1989, n. 223, e dell'articolo 6, comma 7, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286.»; b) all'articolo 5: 1) il comma 3 è sostituito dal seguente: «3. L'accesso ai servizi previsti dal presente decreto e a quelli comunque erogati sul territorio ai sensi delle norme vigenti è assicurato nel luogo di domicilio individuato ai sensi dei commi 1 e 2.»; 2) al comma 4, le parole «un luogo di residenza» sono sostituite dalle seguenti: «un luogo di domicilio»; c) l'articolo 5-bis è abrogato.

La prima disposizione rilevante di questo articolo è quella del punto 2 della lettera a). In base ad essa il testo novellato dell'art. 4, comma 1 e 1-bis del decreto legislativo 18 agosto 2015, n. 142, recita così:

Art. 4 Documentazione

1. Al richiedente è rilasciato un permesso di soggiorno per richiesta asilo valido nel territorio nazionale per sei mesi, rinnovabile fino alla decisione della domanda o comunque per il tempo in cui è autorizzato a rimanere nel territorio nazionale ai sensi dell'art. 35-bis, commi 3 e 4, del decreto legislativo 28 gennaio 2008, n. 25. Il permesso di soggiorno costituisce documento di riconoscimento ai sensi dell'art. 1, comma 1, lettera c), del decreto del Presidente della Repubblica 28 dicembre 2000, n. 445.

1-bis. Il permesso di soggiorno di cui al comma 1 non costituisce titolo per l'iscrizione anagrafica ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1989, n. 223, e dell'art. 6, comma 7, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286.

Il contenuto del nuovo comma 1 bis non è affatto chiaro, e comunque, anche alla luce del primo comma dello stesso articolo 4, appare da escludere che contenga un divieto di

conferire la residenza ai richiedenti asilo. Il comma 1-*bis* afferma che il permesso di soggiorno rilasciato ai richiedenti asilo non costituisce titolo di iscrizione anagrafica ai sensi di due disposizioni contenute, una, nel *Nuovo regolamento anagrafico della popolazione residente* e, l'altra, nel *Testo Unico Immigrazione*. Nessuna di queste due disposizioni fa menzione di “titoli per l'iscrizione anagrafica”.

Per quanto riguarda la disposizione del regolamento, la prima considerazione da fare è che in tutto il *Nuovo regolamento anagrafico della popolazione residente* (Decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1989, n. 223, così come modificato dal D.P.R. 17 luglio 2015, n. 126) non viene mai menzionata la dicitura “titolo per l'iscrizione anagrafica”. In particolare l'articolo 7, rubricato *Iscrizioni anagrafiche* non fa menzione di un qualche “titolo” necessario per procedervi. L'articolo 14, che regola l'iscrizione di persone trasferitesi dall'estero, tali sono gli stranieri compresi i richiedenti asilo, reca nella rubrica l'espressione “Documentazione per l'iscrizione”: essa, quindi, non parla di un qualche “titolo” specifico previsto per l'iscrizione degli stranieri e, leggendo il testo del primo comma, si desume che la documentazione a cui fa riferimento la rubrica sono “il passaporto o altro documento” quindi una documentazione che riguarda non il soggiorno ma l'identità personale ed, eventualmente, lo stato di famiglia. Di “titoli per l'iscrizione anagrafica” non si faceva menzione neppure all'art. 8 del regolamento che regolava i casi in cui non si doveva procedere all'iscrizione stessa.

Per inquadrare bene il problema dell'iscrizione anagrafica è opportuno ricordare che essa è un atto meramente ricognitivo nel quale l'autorità amministrativa che vi provvede non ha alcuna sfera di discrezionalità, ma solo compiti di mero accertamento. Il nostro ordinamento configura un diritto soggettivo all'iscrizione anagrafica² in forza del quale chi ne faccia richiesta non deve far altro che manifestare all'ufficiale d'anagrafe l'intenzione di fissare la propria residenza nel territorio di quel comune. Questo quadro emerge con chiarezza dall'art. 1 del *Regolamento anagrafico della popolazione residente*:

² Su questo punto la giurisprudenza è ampiamente consolidata (Cass. 14 marzo 1986 n. 1738, fasc. 3, Cass. 1972 n. 126, Cass. 6 luglio 1983 n. 4525, Cass. 1081/68, per citare le sentenze più importanti). Questa giurisprudenza è sintetizzata nella sentenza n. 499/2000 delle Sezioni Unite della Corte di Cassazione che ribadisce che “le controversie in materia di iscrizione e cancellazione nei registri anagrafici della popolazione coinvolgono situazioni di diritto soggettivo”. Il carattere di diritto soggettivo dell'iscrizione anagrafica è inoltre pacificamente riconosciuto da numerose Circolari Ministero dell'Interno e dalle Circolari ISTAT in merito alla gestione delle liste anagrafiche.



Art. 1. Anagrafe della popolazione residente

1. L'anagrafe della popolazione residente è la raccolta sistematica dell'insieme delle posizioni relative alle singole persone, alle famiglie ed alle convivenze che hanno fissato nel comune la residenza, nonché delle posizioni relative alle persone senza fissa dimora che hanno stabilito nel comune il proprio domicilio.
2. L'anagrafe è costituita da schede individuali, di famiglia e di convivenza.
3. Nelle schede di cui al comma 2 sono registrate le posizioni anagrafiche desunte dalle dichiarazioni degli interessati, dagli accertamenti d'ufficio e dalle comunicazioni degli uffici di stato civile.

Quindi l'iscrizione anagrafica non avviene in base a "titoli" ma a "dichiarazioni degli interessati" (art. 13 *Dichiarazioni anagrafiche*), "accertamenti d'ufficio" (Art. 15. *Accertamenti di ufficio in caso di omessa dichiarazione delle parti*; Art. 18-bis *Accertamenti sulle dichiarazioni rese e ripristino delle posizioni anagrafiche precedenti* e Art. 19. *Accertamenti richiesti dall'ufficiale di anagrafe*) e "comunicazioni degli uffici di stato civile". In generale l'iscrizione anagrafica registra la volontà delle persone che, avendo una dimora, hanno fissato in un determinato comune la residenza oppure, non avendo una dimora, hanno stabilito nello stesso comune il proprio domicilio (secondo l'art. 43 primo comma del Codice Civile "Il domicilio di una persona è nel luogo in cui essa ha stabilito la sede principale dei suoi affari e interessi").

Per questi motivi non è chiaro il significato del riferimento al *Regolamento anagrafico della popolazione residente* del nuovo comma 1-bis dell'art. 4, D.lgs. 142/2015. Lo stesso si deve dire per quanto riguarda il richiamo all'art. 6, comma 7, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286, che, anzi, sembra escludere la possibilità che si possa negare l'iscrizione anagrafica a uno straniero regolarmente soggiornante ospitato in un centro di accoglienza. Questo comma, infatti, recita:

Le iscrizioni e variazioni anagrafiche dello straniero regolarmente soggiornante sono effettuate alle medesime condizioni dei cittadini italiani con le modalità previste dal regolamento di attuazione. In ogni caso la dimora dello straniero si considera abituale anche in caso di documentata ospitalità da più di tre mesi presso un centro di accoglienza. Dell'avvenuta iscrizione o variazione l'ufficio dà comunicazione alla questura territorialmente competente.

Il regolamento di attuazione all'art. 15, a sua volta, modifica il già ricordato art. 7 del *Regolamento anagrafico della popolazione residente* inserendovi le previsioni relative all'iscrizione anagrafica degli stranieri. Da questa disposizione, che pure non prevede assolutamente che qualcosa debba essere considerato un "titolo valido per l'iscrizione anagrafica", si ricava chiaramente che la regolarità del soggiorno costituisce un presupposto per l'iscrizione anagrafica.

Sforzandosi di dare all'art. 13 del decreto convertito il senso suggerito dalle Circolari del Ministero dell'Interno, si dovrebbe dire che esso opera implicitamente i seguenti passaggi: 1) la regolarità di soggiorno deriva dal titolo di soggiorno, 2) quindi il permesso di soggiorno è presupposto per l'iscrizione anagrafica 3) per traslazione il titolo di soggiorno viene definito "titolo per iscrizione anagrafica". Ma sembra insostenibile pensare che, scrivendo "Il permesso di soggiorno di cui al comma 1 – cioè quello per richiesta asilo – non costituisce titolo per l'iscrizione anagrafica ai sensi [...] dell'art. 6, comma 7, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286", il legislatore abbia voluto dare avvio a un domino interpretativo che porti alla conclusione paradossale per cui il titolare di un permesso di soggiorno per richiesta asilo non è uno straniero regolarmente soggiornante.

Appare giuridicamente arduo far derivare dall'invenzione di un'entità legale non prevista da alcuna altra disposizione di legge, quale è "il titolo per l'iscrizione anagrafica", il fatto che, contrariamente al principio generale fissato dal comma 6 dell'art. 7 del T.U.I., uno straniero regolarmente soggiornante sia escluso dagli aventi diritto all'iscrizione anagrafica. Non sembra plausibile l'idea che si possa variare in modo implicito, contorto, di faticosa e dubbia ricostruzione una previsione generale che fissa un principio di parità di trattamento non solo tra cittadini italiani e stranieri regolarmente soggiornanti, ma anche tra diversi tipi di stranieri regolarmente soggiornanti, com'è la disposizione che stabilisce che "Le iscrizioni e variazioni anagrafiche dello straniero regolarmente soggiornante sono effettuate alle medesime condizioni dei cittadini italiani con le modalità previste dal regolamento di attuazione".

Tanto più che, data la previsione del comma 2 dello stesso articolo 6 del T.U.I., il permesso di soggiorno è, nell'accezione suggerita dalle circolari, "titolo" per conseguire ogni tipo di "licenze, autorizzazioni, iscrizioni" e per il conseguimento di tutti gli altri "provvedimenti di interesse dello straniero comunque denominati", fatta eccezione per quelli



relativi alle attività sportive e ricreative, all'istruzione obbligatoria e all'accesso alle prestazioni sanitarie ex art. 35 T.U.I. Il comma 7 dell'articolo 6 non fa altro che applicare il principio generale, già enunciato al comma 2, all'iscrizione anagrafica, stabilendo inoltre una parità procedurale tra stranieri regolarmente residenti e cittadini italiani, come vuole la giurisprudenza della Corte EDU.

Sembra lecito sostenere che per ottenere l'effetto, auspicato dalle circolari del Ministero, non potendo certo qualificare il titolare del permesso di soggiorno per richiesta asilo come irregolare, il testo del decreto avrebbe dovuto molto semplicemente modificare il comma 7 dell'art. 6 T.U.I., prevedendo un'esplicita eccezione per i richiedenti asilo del tipo: "Le iscrizioni e variazioni anagrafiche dello straniero regolarmente soggiornante, escluse quelle del titolare di un permesso di soggiorno per richiesta asilo, sono effettuate alle medesime condizioni dei cittadini italiani con le modalità previste dal regolamento di attuazione"³. Lasciando poi al Presidente della Repubblica, in fase di emanazione, alla Corte Costituzionale e alla Corte Europea dei diritti dell'Uomo stabilire se una tale differenziazione sia ragionevole o discriminatoria (come a noi appare).

Inoltre, probabilmente, il testo avrebbe dovuto proseguire dicendo che i richiedenti asilo fanno eccezione anche alla previsione, che sembra scritta principalmente per loro, secondo cui si considera "dimora abituale" di uno straniero il centro di accoglienza presso cui è "documentato" che egli sia ospitato da più di tre mesi. Infatti, ribadendo la previsione del secondo comma dell'art. 43 del Codice Civile, secondo cui "La residenza è nel luogo in cui la persona ha la dimora abituale", il primo comma l'art. 3 del *Regolamento anagrafico della popolazione residente* recita: "Per persone residenti nel comune s'intendono quelle aventi la propria dimora abituale nel comune".

Logica deduzione: se dopo 3 mesi un Centro di accoglienza deve essere considerato, per legge, dimora abituale, dopo 3 mesi il richiedente asilo accolto nel Centro ha diritto all'iscrizione anagrafica in quanto persona residente. Il decreto Salvini non ha toccato questa

³ Merita di essere sottolineato che questa è la strada che il legislatore ha seguito quando ha redatto il primo comma dell'art. 5 della legge 80/2014 che recita: "Chiunque occupa abusivamente un immobile senza titolo non può chiedere la residenza né l'allacciamento a pubblici servizi in relazione all'immobile medesimo e gli atti emessi in violazione di tale divieto sono nulli a tutti gli effetti di legge". Se applichiamo i canoni del decreto Salvini questa disposizione sarebbe stata scritta così: "L'occupazione abusiva di un immobile senza titolo non costituisce titolo per l'iscrizione anagrafica...".



disposizione, che continua a regolare l'iscrizione anagrafica degli stranieri regolarmente residenti "dimoranti" presso i centri di accoglienza.

L'esclusione della possibilità di iscrizione anagrafica appare poi scontrarsi in modo eclatante con il combinato disposto dei primi tre commi dell'art. 5 del D.lgs. 142/2015, così come modificato dal Decreto Salvini, e dei già ricordati art. 6, comma 7 T.U.I. e art. 1, comma 1 del *Regolamento anagrafico della popolazione residente*. Partiamo dalla riformulazione dei primi tre commi dell'art. 5 del D.lgs. 142/2015 operata dal Decreto:

Art. 5 *Domicilio*. — 1. Salvo quanto previsto al comma 2, l'obbligo di comunicare alla questura il proprio domicilio o residenza è assolto dal richiedente tramite dichiarazione da riportare nella domanda di protezione internazionale. Ogni eventuale successivo mutamento del domicilio o residenza è comunicato dal richiedente alla medesima questura e alla questura competente per il nuovo domicilio o residenza ai fini del rinnovo del permesso di soggiorno di cui all'art. 4, comma 1.

2. Per il richiedente trattenuto o accolto nei centri o strutture di cui agli articoli 6, 9 e 11, l'indirizzo del centro costituisce il luogo di domicilio valevole agli effetti della notifica e delle comunicazioni degli atti relativi al procedimento di esame della domanda, nonché di ogni altro atto relativo alle procedure di trattenimento o di accoglienza di cui al presente decreto. L'indirizzo del centro ovvero il diverso domicilio di cui al comma 1 è comunicato dalla questura alla Commissione territoriale.

3. L'accesso ai servizi previsti dal presente decreto e a quelli comunque erogati sul territorio ai sensi delle norme vigenti è assicurato nel luogo di domicilio individuato ai sensi dei commi 1 e 2.

Da questi tre commi appare evidente che il Centro di accoglienza costituisce, nei primi tre mesi, prima di diventare luogo di dimora abituale, il domicilio del titolare del permesso di soggiorno per richiesta asilo. Questo dato va connesso con la previsione dell'art. 1, comma 1, del *Regolamento anagrafico della popolazione residente* secondo cui, come ricordato, "L'anagrafe della popolazione residente è la raccolta sistematica dell'insieme delle posizioni relative alle singole persone, alle famiglie ed alle convivenze che hanno fissato nel comune la residenza, nonché delle posizioni relative alle persone senza fissa dimora che hanno stabilito nel comune il proprio domicilio", tenendo presente che, in forza dell'art. 7 comma 6 del T.U.I., esso vale anche per gli stranieri regolarmente soggiornanti. Dal quadro di queste disposizione consegue che:

- 1) il titolare di un permesso come richiedente asilo ha diritto all'immediata iscrizione anagrafica come senza fissa dimora, dato che il D.P.R. 142/2015, ribadiamo, così come modificato dal decreto Salvini, gli attribuisce il domicilio presso il centro;
- 2) trascorsi tre mesi al centro, in virtù della seconda parte dello stesso comma 6 dell'art. 7 T.U.I, che, come detto, prosegue prevedendo che "In ogni caso la dimora dello straniero si considera abitualmente anche in caso di documentata ospitalità da più di tre mesi presso un centro di accoglienza", la situazione del richiedente asilo cambia;
- 3) a questo punto, dato che l'art. 3, rubricato *Popolazione residente*, dello *Regolamento anagrafico* prevede al primo comma che "Per persone residenti nel comune s'intendono quelle aventi la propria dimora abituale nel comune", il richiedente asilo ha diritto all'iscrizione come "dimorante" presso il centro.

Una tale ricostruzione appare coerente con le *Linee guida sul diritto alla residenza dei richiedenti e beneficiari di protezione internazionale*, emanate nel 2014 dallo stesso Ministero dell'Interno in collaborazione con UNHCR, ASGI, ANUSCA e Servizio Centrale SPRAR. Esse sottolineano che "i titolari dello status di rifugiato, dello status di protezione sussidiaria o del permesso di soggiorno per motivi umanitari possono circolare e soggiornare liberamente sul territorio nazionale" (art. 29, comma 1 del D. Lg. 251/2007) e pertanto sono titolari del diritto ad essere iscritti nelle liste anagrafiche di un comune al pari degli italiani e degli altri stranieri regolarmente soggiornanti, con alcune particolarità connesse con la loro peculiare condizione".

Le citate Linee guida ricordano che la residenza è oggetto di uno specifico articolo, il 26, rubricato "Libertà di circolazione" della convenzione relativa allo status dei rifugiati firmata a Ginevra il 28 luglio 1951, ratificata e resa esecutiva con L. 722/1954. Questo articolo prevede che "ciascuno Stato contraente concede ai rifugiati che soggiornano regolarmente sul territorio il diritto di sceglierli il loro luogo di residenza". Inoltre l'art. 27, rubricato "Documenti di identità", della stessa Convenzione, stabilisce: "Gli Stati contraenti rilasceranno dei documenti di identità a tutti i rifugiati che si trovano sul loro territorio e che non possiedono un documento di viaggio valido". Dato che, come ricordano le *Linee guida*, l'iscrizione anagrafica è prerequisite necessario al rilascio della carta d'identità, deriva dalla Convenzione di Ginevra un diritto alla residenza. Diritto che, spetta anche ai richiedenti asilo: "i richiedenti asilo sia in attesa di audizione presso la Commissione Territoriale per il

riconoscimento della protezione internazionale sia nella fase dell'eventuale ricorso giurisdizionale, hanno diritto all'iscrizione anagrafica in quanto titolari di un permesso di soggiorno" (Linee guida p. 10).

Questa conclusione appare corretta alla luce del fatto che la parità di trattamento ai fini dell'iscrizione anagrafica tra cittadini italiani e stranieri regolarmente soggiornanti, tutti gli stranieri regolarmente soggiornanti, prevista dal comma 6 dell'art. 7 T.U.I. non è che un'applicazione specifica del principio sancito dal comma 2 dell'art. 2 dello stesso T.U. secondo cui "lo straniero regolarmente soggiornante nel territorio dello Stato gode dei diritti in materia civile attribuiti al cittadino italiano, salvo che le convenzioni internazionali in vigore per l'Italia e il presente testo unico dispongano diversamente". Il dato rilevante non è tanto quello formalistico per cui in questo caso la diversità di trattamento tra stranieri regolarmente soggiornanti, sarebbe prevista, in violazione delle riserve disposte dal comma appena ricordato, dal D.lgs. 142/2015 (e non dallo stesso Testo Unico) senza essere giustificata dal dover dare attuazione a una convenzione internazionale, quanto quello sostanziale. La parità di trattamento tra stranieri regolarmente soggiornanti e cittadini è infatti considerata fondamentale dalla Corte Costituzionale la quale ha affermato (C. cost. 306/2008, § 10) che: "una volta che il diritto a soggiornare (...) non sia in discussione, non si possono discriminare gli stranieri, stabilendo, nei loro confronti, particolari limitazioni per il godimento dei diritti fondamentali della persona, riconosciuti invece ai cittadini".

Del resto dato che, come ricordato, quello all'iscrizione anagrafica è un diritto soggettivo, la sua negazione ai richiedenti asilo sarebbe di dubbia costituzionalità anche ex art. 117 Costituzione, perché in contrasto con l'art. 14 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo che per costante giurisprudenza della Corte EDU fissa il principio dell'inammissibilità di ogni discriminazione tra cittadini degli stati membri e stranieri regolarmente soggiornanti.

Nella relazione illustrativa al decreto si cerca di giustificare la legittimità della differenza di trattamento con la precarietà del permesso di soggiorno per richiesta asilo: una tale precarietà renderebbe ragionevole prevedere il rinvio dell'iscrizione stessa alla definizione della condizione giuridica del richiedente. La pretestuosità di questa giustificazione è evidente. Essa finisce per esaltare il contenuto discriminatorio



dell'interpretazione suggerita dalle circolari rendendo manifesto che lo stesso Ministero è consapevole della forzatura che l'interpretazione da esso sostenuta comporta.

Gli uffici anagrafici, da oltre dieci anni, confortati anche dalle circolari dello stesso Ministero dell'Interno, operano l'iscrizione anche quando il permesso di soggiorno è in fase di rinnovo o di rilascio. Appare difficile sostenere che in fase di rinnovo del permesso di soggiorno, che dovrebbe durare venti giorni, la situazione dello straniero sia più stabile di quella di un richiedente asilo, la cui condizione dovrebbe essere definita, secondo i termini previsti dalla normativa, in circa tredici mesi, ma che nella realtà soggiorna regolarmente, in attesa della definizione del suo status, nella media per almeno per due anni.

Lo stesso Ministero dell'Interno è intervenuto con circolari specifiche per precisare non solo che, nel caso in cui si disponga solo della ricevuta rilasciata in seguito alla richiesta di rinnovo del titolo, l'iscrizione anagrafica è parimenti ammessa, a condizione, però, che la domanda di rinnovo sia stata presentata prima o entro 60 giorni dalla scadenza del permesso (Circ. Min. Interno n. 42 del 2006), ma anche che è consentita l'iscrizione anagrafica del cittadino straniero che ha fatto richiesta di rilascio del permesso per motivi di lavoro subordinato (Circ. Min. Interno n. 16 2007) e del familiare che si ricongiunge, in presenza della sola ricevuta di rilascio del permesso di soggiorno per motivi familiari (Circ. Min. Interno n. 43 del 2007). In questi ultimi due casi, l'iscrizione anagrafica è ammessa previa esibizione, nel caso di richiesta del permesso di soggiorno per lavoro, della ricevuta rilasciata dall'ufficio postale attestante l'avvenuta presentazione della domanda di permesso e della domanda di rilascio del permesso di soggiorno per lavoro subordinato presentata presso lo Sportello Unico, e, nel caso del permesso per motivi familiari, della ricevuta rilasciata dall'ufficio postale attestante l'avvenuta presentazione della richiesta di permesso di soggiorno e di fotocopia non autenticata del nulla-osta al ricongiungimento familiare rilasciato dallo Sportello unico.

Merita di essere sottolineato che la mancata iscrizione anagrafica del richiedente asilo incide tra l'altro sul suo diritto ad acquisire la cittadinanza italiana una volta conseguito lo status. Il combinato disposto degli articoli 9 e 16 della legge 5 febbraio 1992, n. 91, recante *Nuove norme sulla cittadinanza*, prevedono, infatti, che lo straniero riconosciuto rifugiato dallo Stato italiano possa richiedere la cittadinanza quando “risiede legalmente da almeno cinque anni nel territorio della Repubblica”. È evidente che restare per anni, come succede ai



richiedenti asilo, in attesa del riconoscimento dello status di rifugiato vorrebbe dire, se si accettasse la tesi delle circolari, restare per anni senza residenza regolare. I richiedenti asilo sarebbero per tutto questo periodo semplicemente domiciliati presso il luogo indicato al momento della richiesta del permesso di soggiorno. Il tempo trascorso in attesa della definizione dello status non conterebbe quindi, ai fini della richiesta della cittadinanza, come periodo trascorso risiedendo regolarmente in Italia.

3. Le ordinanze dei sindaci per continuare ad assicurare l'iscrizione dei richiedenti asilo all'anagrafe

Alla luce di queste considerazioni le disposizioni di quei sindaci, che hanno dato indicazioni alle anagrafi dei propri Comuni di continuare a procedere all'iscrizione dei richiedenti asilo, appaiono non solo legittime ma assolutamente doverose. Dato infatti che, secondo il primo comma dell'art 3 della Legge 24 dicembre 1954, n. 1228, *Ordinamento delle anagrafi della popolazione residente*, "Il sindaco, quale ufficiale del Governo, è ufficiale dell'anagrafe", egli ha l'obbligo di procedere alle iscrizione anagrafiche, secondo le modalità previste dalla legge e dal *Regolamento anagrafico della popolazione residente*. Eventualmente non lo facesse, i richiedenti asilo potrebbero rivolgersi al giudice, che sembra da individuare nella Sezione specializzata per l'immigrazione competente per territorio, in quanto la materia appare da annoverarsi tra quelle connesse con lo status di richiedente asilo, per chiedere, ex art. 700 c.p.c., di ordinare all'anagrafe del Comune in cui sono accolti di provvedere all'iscrizione e il sindaco potrebbe essere chiamato a rispondere dei danni procurati dalla ritardata iscrizione, in primo luogo a coloro che, avendo ottenuto lo status di rifugiato, non potranno contare il tempo trascorso in attesa della definizione dello status ai fini della richiesta della cittadinanza.

Ci preme sottolineare che non stiamo sostenendo che le disposizioni relative all'iscrizione anagrafica del decreto Salvini non abbiano alcun rilevanza per le modalità dell'iscrizione. Il fatto che dall'art. 13 del decreto Salvini non si possa ricavare una norma che impedisce l'iscrizione anagrafica dei richiedenti asilo non vuol dire che il comma 1-bis dell'art. 4 del D.lgs. 142/2015, da esso introdotto, sia una disposizione priva di effetti. Il suo significato appare abbastanza chiaro se questa disposizione viene riconnessa a un'altra,



contenuta alla lettera c) dello stesso art. 13 del decreto Salvini. Quest'ultima disposizione abroga, come ricordato anche dalla circolare 15/2018 del Ministero dell'Interno, la previsione dell'utilizzo per i richiedenti asilo dell'istituto della convivenza anagrafica contenuta nell'art. 5-bis dello stesso D.lgs. 142/2015, introdotto dalla legge 13 aprile 2017, n. 46 che ha convertito il decreto-legge 17 febbraio 2017, n. 13 ("Decreto Minniti-Orlando"). Il testo dell'articolo abrogato era il seguente:

Art. 5-bis Iscrizione anagrafica

1. Il richiedente protezione internazionale ospitato nei centri di cui agli articoli 9, 11 e 14 è iscritto nell'anagrafe della popolazione residente ai sensi dell'articolo 5 del regolamento di cui al decreto del Presidente della Repubblica 23 maggio 1989, n. 223, ove non iscritto individualmente.
2. E' fatto obbligo al responsabile della convivenza di dare comunicazione della variazione della convivenza al competente ufficio di anagrafe entro venti giorni dalla data in cui si sono verificati i fatti.
3. La comunicazione, da parte del responsabile della convivenza anagrafica, della revoca delle misure di accoglienza o dell'allontanamento non giustificato del richiedente protezione internazionale costituisce motivo di cancellazione anagrafica con effetto immediato, fermo restando il diritto di essere nuovamente iscritto ai sensi del comma 1.

Se ripercorriamo le disposizioni del *Regolamento anagrafico della popolazione residente* possiamo ben intendere che la previsione dell'art. 5-bis aveva trasformato il permesso di soggiorno per richiesta asilo in un titolo per l'iscrizione anagrafica. Questo articolo, disponendo che fosse utilizzato l'istituto della convivenza anagrafica, aveva introdotto una procedura semplificata e accelerata, in parziale deroga da quanto previsto all'art. 5 comma 3 dello stesso D.lgs., ridotto a regolare i soli casi di iscrizione individuale, per il titolare di questo tipo di permesso ospitato in un centro di accoglienza -- fosse di prima accoglienza (art. 9), di accoglienza straordinaria (art. 11) o di accoglienza territoriale (art. 14) – non ancora iscritto all'anagrafe. Esso, infatti, prevedeva una iscrizione d'ufficio, basata esclusivamente sulla comunicazione del responsabile della struttura di accoglienza, per chi non era già iscritto all'anagrafe secondo la procedura ordinaria prevista dall'art. 5. Un tale automatismo, che tra l'altro prescindeva dal trascorrere dei tre mesi ospitati in un centro, come previsto dall'art. 6 comma 7 T.U.I., si può, senza eccessive forzature, sostenere avesse trasformato, per coloro che erano accolti nei centri indicati, il permesso di soggiorno per

richiesta asilo in “un titolo per l’iscrizione anagrafica”. Questa, infatti, stando al testo dell’abrogato art. 5-bis doveva avvenire senza “dichiarazioni degli interessati”, prevista dall’art. 13 del *Regolamento anagrafico della popolazione residente*, e senza i susseguenti “accertamenti d’ufficio” previsti dagli articoli 18-bis (*Accertamenti sulle dichiarazioni rese e ripristino delle posizioni anagrafiche precedenti*) e 19 (*Accertamenti richiesti dall’ufficiale di anagrafe*) dello stesso regolamento. In particolare, esso svincolava l’iscrizione anagrafica dalla verifica che l’Ufficiale d’anagrafe ha l’obbligo di compiere (art. 18-bis primo comma) sulla “effettiva sussistenza dei requisiti previsti dalla legislazione vigente per la registrazione” servendosi delle informazioni che raccoglie invitando “le persone aventi obblighi anagrafici a presentarsi all’ufficio per fornire le notizie ed i chiarimenti necessari alla regolare tenuta della anagrafe”, interpellando “gli enti, amministrazioni ed uffici pubblici e privati” (poteri conferitigli dall’art. 4, comma terzo, della legge 24 dicembre 1954, n. 1228), e verificando “la sussistenza del requisito della dimora abituale di chi richiede l’iscrizione o la mutazione anagrafica [...] a mezzo degli appartenenti ai corpi di polizia municipale o di altro personale comunale che sia stato formalmente autorizzato, utilizzando un modello conforme all’apposito esemplare predisposto dall’Istituto nazionale di statistica (art. 19 *Regolamento anagrafico*).

4. Conclusioni

In conclusione, la norma da ricavare dall’art. 13 nel suo complesso, vale a dire tanto dalla disposizione, lettera a) 2, che introduce il comma 1-bis dell’art. 4 del D.lgs. 142/2015, quanto da quella, lettera c, che abroga l’art. 5-bis dello stesso D.lgs., sancisce l’abrogazione non della possibilità di iscriversi al registro della popolazione residente dei titolari di un permesso per richiesta asilo, ma solo della procedura semplificata prevista nel 2017 che introduceva l’istituto della convivenza anagrafica, svincolando l’iscrizione dai controlli previsti per gli altri stranieri regolarmente residenti e per i cittadini italiani.

Eliminando questa procedura che, pur poteva essere considerata un’azione positiva in favore di soggetti particolarmente vulnerabili come i richiedenti asilo, il legislatore ha in qualche modo ripristinato il sistema di assoluta parità tra diversi tipologie di stranieri regolarmente soggiornanti e cittadini italiani creato dal T.U.I.



Merita di essere sottolineato che è stata comunque introdotta una disposizione mirata a eliminare gli inconvenienti che possono nascere per i richiedenti asilo nell'accesso ai servizi sociali per il venir meno della procedura per cui il permesso per richiesta asilo, per chi era ospitato in un centro di accoglienza, era titolo sufficiente per l'iscrizione anagrafica.

È stato, infatti, introdotto un nuovo comma 3 nell'articolo 5 del D.lgs. 142/2015 che recita: "L'accesso ai servizi previsti dal presente decreto e a quelli comunque erogati sul territorio ai sensi delle norme vigenti è assicurato nel luogo di domicilio individuato ai sensi dei commi 1 e 2". In questo modo i richiedenti asilo accolti nei centri, nelle more dell'iscrizione anagrafica o del suo mutamento, hanno comunque l'accesso ai servizi sociali garantiti⁴. La vecchia formulazione di questo comma stabiliva che "il centro o la struttura rappresenta luogo di dimora abituale ai fini della iscrizione anagrafica ai sensi del decreto del Presidente della Repubblica 30 maggio 1989, n. 223, e dell'articolo 6, comma 7, del decreto legislativo 25 luglio 1998, n. 286". Una tale disposizione, una volta venuto meno l'automatismo della iscrizione anagrafica legata all'ospitalità nel centro, avrebbe reso complesso l'accesso ai diritti sociali dei richiedenti asilo in fase di iscrizione anagrafica.

La nuova formulazione del comma 3 dell'art. 5 del D.P.R. 142/2015 ha soprattutto l'indubbio merito di facilitare l'accesso ai servizi sociali di quei richiedenti asilo che non sono accolti in un centro o ne sono stati allontanati e che non hanno ancora provveduto all'iscrizione anagrafica o alla re-iscrizione dopo la cancellazione seguita all'allontanamento. I richiedenti asilo, ma gli stranieri in genere, spesso non sanno che il comma 3 dell'art. 2, della legge anagrafica n. 1228/54, modificato dalla legge 94/2009, consente di procedere all'iscrizione anagrafica anche qualora si sia senza fissa dimora. In tali casi, il presupposto oggettivo per l'iscrizione anagrafica è il domicilio nel territorio del comune. Il citato comma 3 della legge anagrafica prevede, infatti, che

La persona che non ha fissa dimora si considera residente nel comune dove ha stabilito il proprio domicilio. La persona stessa, al momento della richiesta

⁴ L'iscrizione anagrafica è infatti il presupposto per l'accesso all'assistenza sociale, la concessione di eventuali sussidi o agevolazioni previste da ogni comune, ad esempio quelle basate sulle condizioni di reddito, verificate mediante l'indicatore ISEE, erogati dalla pubblica amministrazione o da soggetti dalla stessa delegati, e ad altri rilevanti diritti sociali, tra i quali la partecipazione a bandi per l'assegnazione di alloggi di edilizia residenziale pubblica, i sussidi per i canoni di locazione o l'acquisto della prima casa. Esso inoltre, per gli stranieri regolarmente soggiornanti, costituisce un presupposto fondamentale per l'assistenza sanitaria essendo ad essa subordinata l'iscrizione al Servizio Sanitario Nazionale.

di iscrizione, è tenuta a fornire all'ufficio di anagrafe gli elementi necessari allo svolgimento degli accertamenti atti a stabilire l'effettiva sussistenza del domicilio. In mancanza del domicilio, si considera residente nel comune di nascita.

In tal caso, ai fini dell'iscrizione anagrafica, non è necessario indicare un preciso indirizzo utile a rintracciare la persona e non si procede agli accertamenti relativi all'abitudine del domicilio perché esso è sostanzialmente oggetto di una libera elezione da parte della persona senza fissa dimora (Ministero dell'Interno – Direzione generale dell'Amministrazione civile, circ. n. 1/1997). Ben pochi richiedenti asilo, ma anche persone che hanno ricevuto la protezione internazionale, si avvalgono di queste disposizioni per chiedere l'iscrizione anagrafica anche in mancanza di una dimora. Oggi i richiedenti asilo sanno che possono comunque chiedere, anche senza iscrizione anagrafica, l'accesso ai servizi sociali nel luogo indicato al momento della domanda di protezione internazionale o di rinnovo del permesso per richiesta asilo.

5. Appendice

Riportiamo qui di seguito un elenco delle pronunce giudiziarie che si rifanno alla ricostruzione appena proposta, e quindi riconoscono il diritto del richiedente asilo ad ottenere l'iscrizione anagrafica⁵:

Tribunale di Firenze, ordinanza del 18 marzo 2019

Tribunale di Bologna, ordinanza del 2 maggio 2019

Tribunale di Genova, ordinanza del 20 maggio 2019

Tribunale di Prato, ordinanza del 28 maggio 2019

Tribunale di Lecce, ordinanza del 4 luglio 2019

Tribunale di Cagliari, ordinanza del 31 luglio 2019

Tribunale di Parma, ordinanza del 2 agosto 2019

Tribunale di Bologna, ordinanza del 23 settembre 2019

Tribunale di Bologna, ordinanza del 23 settembre 2019

⁵ L'elenco è tratto dal portale dell'Associazione Studi Giuridici sull'Immigrazione, e aggiornato al dicembre 2019, <https://www.asgi.it/asilo-e-protezione-internazionale/iscrizione-anagrafica-decreto-sicurezza-giurisprudenza/>.



Tribunale di Catania, ordinanza del 1 novembre 2019

Tribunale di Roma, ordinanza del 25 novembre 2019

Tribunale di Lecce, ordinanza del 6 dicembre 2019

Tribunale di Firenze, ordinanza del 7 dicembre 2019



Il carcere e la Costituzione nella visione di Sandro Margara

Massimo NIRO

Giudice presso il Tribunale di Lucca

Sono trascorsi già tre anni dalla scomparsa di Sandro Margara, sicuramente un protagonista della nostra giustizia penale della seconda metà del Novecento e del primo decennio del 2000, con la sua attività ultra-quarantennale di magistrato e con i suoi scritti, numerosi e significativi, sulle tematiche del carcere e della giustizia penale.

Nel febbraio del 2019 si è svolto a Firenze un importante convegno dedicato a ricostruire la figura e l'opera di Margara e a riflettere sui molteplici spunti offerti dalla sua elaborazione culturale teorica e pratica: da questo convegno è scaturito il volume che qui brevemente si commenta, che porta lo stesso titolo del convegno¹. Il curatore del volume nel suo intervento introduttivo evidenzia che il pensiero di Margara “rappresenta una miniera inesauribile, un giacimento culturale imprescindibile” e che il magistrato toscano “aveva capito in anticipo la deriva verso cui stavamo precipitando”². È difficile non essere d'accordo con Corleone, se si esaminano la ricchezza della produzione di Sandro Margara, la radicalità e la coerenza delle sue posizioni e, per altro verso, l'esito “deludente e preoccupante” della vicenda del progetto di riforma dell'ordinamento penitenziario³, che pur tante speranze all'inizio aveva suscitato tra gli operatori e gli studiosi sensibili alla prospettiva di un carcere conforme al dettato costituzionale.

¹ F. Corleone [a cura di] (2019) *Carcere e giustizia, ripartire dalla Costituzione*, Fondazione Michelucci Press.

² *Ivi*, p. 7.

³ *Ivi*, p. 11.



È noto a tutti l'impegno costante ed appassionato di Margara per rendere concreto ed effettivo il precetto dell'art. 27 comma 3 Cost. sul contenuto e la finalità della pena, mettendo l'accento non solo sulla finalità rieducativa della pena, ma anche sul divieto di "trattamenti contrari al senso di umanità" – come ribadito anche dall'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, che è alla base della recente giurisprudenza innovativa della Corte di Strasburgo. Ma in questa battaglia Margara non è stato solo, ha avuto il supporto e il sostegno dei penalisti più avveduti e sensibili, come chi ha affermato che "la pena che consiste in un trattamento contrario al senso di umanità non è più una pena ma è un reato, secondo l'affermazione testuale dell'articolo 27"⁴.

Anche sul sovraffollamento carcerario il pensiero di Sandro Margara è netto ed inequivocabile:

Il sovraffollamento del carcere non è una situazione di emergenza e eccezionalità, ma è una situazione strutturale, che nasce non dalla crescita della criminalità, sistematicamente negata dalle ricerche in proposito, ma dalla crescita della criminalizzazione e del contrasto di polizia alla criminalità di strada⁵

Negli stessi termini si è espresso, sul punto, Giovanni Maria Flick: "Siamo abituati a pensare al sovraffollamento come a un'emergenza: in parte lo è, ma non c'è solo un problema di sovraffollamento e non è solo un problema emergenziale; è un problema strutturale"⁶.

Sulla necessità di mettere sempre a confronto la realtà carceraria con il dettato costituzionale si sofferma Stefano Anastasia, richiamando la strada – indicata da Margara – dell'"obbedienza costituzionale". Considerato che

finché vige una Costituzione che ha un valore normativo sovraordinato alla legislazione d'occasione, e che disegna un altro modello sociale, fondato sul principio d'uguaglianza e sulla universalità dei diritti – tutti noi dobbiamo chiedere che la legalità costituzionale e le convenzioni

⁴ G.M. Flick, Postfazione al libro "La giustizia capovolta" di Francesco Occhetta, ed. Paoline, 2016, pag. 156).

⁵ Così nell'articolo "A proposito delle leggi razziste e ingiuste", *Questione giustizia*, 2009 opportunamente riprodotto nel volume che qui si commenta, p. 57.

⁶ G.M. Flick, (2016), cit., p. 151.



internazionali per la protezione dei diritti umani siano rispettati anche dal legislatore nazionale, anche – è inutile dirlo – dal potere politico-amministrativo, subordinato non solo alle leggi che talvolta si dà da sé, ma anche e soprattutto alla Costituzione e ai patti internazionali⁷

È altresì da condividere la convinzione di Beniamino Deidda, magistrato che per decenni ha lavorato nella stessa sede di Margara e ne è stato fraterno amico, che “prima di tutto, Sandro Margara sia stato il giudice dei diritti inviolabili dei carcerati, compreso, certo, anche il diritto incompressibile alla rieducazione”⁸. Pure da sottoscrivere è l’osservazione conclusiva di Deidda, secondo la quale “rileggere Margara non è un’operazione che riguardi il nostro passato o solo le cose che Sandro ha realizzato nella sua lunga vita. Riguarda invece il nostro futuro perché ci fornisce le chiavi di ciò che oggi possiamo fare”⁹.

In effetti, Margara osservava nel 2009 che “Il nostro sistema legale si sta riempiendo di leggi che confliggono con la legittimità costituzionale”¹⁰. Tale osservazione è condivisibile e confermata, purtroppo, dalle vicende successive e più recenti, a seguito della sua scomparsa.

Alla base di questa involuzione del nostro sistema giuridico c’è, indubbiamente, l’“uso politico” del diritto penale: infatti:

L’uso demagogico e congiunturale del diritto penale diretto a riflettere e ad alimentare la paura quale facile fonte di consenso, tramite politiche e misure illiberali tanto inefficaci alla prevenzione dei fenomeni criminali quanto promotrici di un sistema disuguale e pesantemente lesivo dei diritti fondamentali – in breve il populismo penale – caratterizza da anni le nostre politiche securitarie¹¹

A battersi, con inaspettato vigore, contro il populismo penale e le sue manifestazioni a livello internazionale è stato recentemente anche Papa Francesco, con

⁷ *Ivi*, p. 129.

⁸ *Ivi*, p. 37.

⁹ *Ibidem*.

¹⁰ S. Margara (2009) “A proposito delle leggi razziste e ingiuste”, cit.

¹¹ L. Ferrajoli, p. 79 del volume in commento.

un importante discorso del 2014 sulla giustizia penale e sulle carceri: un contributo di questo volume sottolinea le analogie tra il pensiero del Papa e quello di Margara su questi temi, concludendo che l'elemento comune è costituito dalla posizione centrale assegnata alla dignità umana¹². È ancora una volta concorde sul punto lo studioso sopra richiamato, il quale osserva: "Il valore fondamentale del sistema costituzionale della pena è quello della dignità: un valore fondante e centrale sia nella nostra Costituzione, sia nell'ordinamento dell'Unione Europea"¹³.

Dunque, se la legislazione penale assume contenuti discriminatori ed ingiusti, contrastanti con i precetti costituzionali (non solo con l'art. 27 comma 3, ma anche con l'art. 2, con l'art. 3, e con l'art. 32), essa deve essere contestata e denunciata, con le modalità previste dalla stessa Costituzione, come Margara ci ricorda, ossia sollevando da parte del giudice una questione di legittimità costituzionale oppure promuovendo un'interpretazione della norma conforme alla Costituzione, ove ciò sia possibile ("A proposito delle leggi razziste e ingiuste", cit., pag. 66 e ss. del volume). Non può tacersi, a questo proposito, che proprio Margara nella sua lunga attività di magistrato di sorveglianza (e di Presidente del tribunale di sorveglianza) ha fornito esempi numerosi e preziosi di contestazione di norme incostituzionali attraverso ordinanze di rimessione sapientemente motivate, sovente accolte dalla Corte costituzionale con pronunce di grande importanza. Anche questo è un lascito rilevante della sua attività, che deve essere adeguatamente colto e ponderato dagli attuali magistrati di sorveglianza (e, più in generale, dai giudici penali), poiché certamente negli ultimi anni non si è attenuato il fenomeno delle leggi in conflitto con la Costituzione e, quindi, c'è bisogno di giudici pronti a sollevare in modo appropriato questioni di legittimità costituzionale, senza timidezze o auto-limitazioni:

Forse ci sarebbe da analizzare come lo strisciante svuotamento della Costituzione, su cui mi sono soffermato, si rifletta anche sulla conformazione dei giudici a questo processo e sulla conseguente

¹² Secondo P. Gonnella "Il discorso sulla pena di papa Francesco e l'intera biografia di Sandro Margara costituiscono un invito a mettere al centro la dignità della persona, bene che non è a disposizione di chi provvisoriamente detiene il potere punitivo", p. 147 del volume in commento.

¹³ G.M. Flick, op. cit., p. 154.



riduzione delle eccezioni di incostituzionalità, se non nell'immediato, in tempi medi e lunghi¹⁴

Un'altra questione centrale, nel pensiero di Margara, è quella del rapporto tra pena (detentiva) e misure alternative: nel suo scritto più volte citato egli puntualizza “che non c'è vanificazione della pena nelle misure alternative, ma che le stesse servono, in conformità delle previsioni normative, a raggiungere le finalità della pena attraverso regimi di esecuzione, restrittivi della libertà personale, più adeguati a tali finalità”. Ancora: “La difesa della pena è affidata alla legge e vanno rispettate le opzioni della stessa, che prevede certe pene per certi reati, ma prevede anche, per tali pene, regimi di esecuzione alternativi alla detenzione”¹⁵. Dunque, non sono legittime posizioni – secondo Margara e anche secondo chi scrive – che irrigidiscono i presupposti per l'applicazione delle misure alternative, al di là delle previsioni normative, e conseguentemente determinano una riduzione della loro applicazione, contribuendo a mantenere la centralità dell'esecuzione della pena in carcere: nonostante sia a tutti noto come la recidiva abbia percentuali ben diverse a seconda che la pena sia espiata in carcere ovvero in misura alternativa.

Si tratta di questioni non tanto di interpretazione giuridica delle norme, quanto di impostazione culturale dei giudici che le norme sono chiamati ad applicare ed interpretare: laddove in ambito sociale “si è fatta strada l'idea che la pena vada difesa da certe interpretazioni troppo larghe del sistema delle misure alternative”¹⁶. Anche Flick percepisce che “il problema di fondo è quello della necessità di concepire altri tipi di sanzione”, dal momento che “Il carcere è per definizione una struttura burocratica e rigida”¹⁷.

Anche se alcuni progetti di riforma del sistema sanzionatorio penale, nella direzione di introdurre nel codice penale pene non detentive (come la detenzione domiciliare o l'affidamento in prova al servizio sociale), sono stati accantonati, resta il fatto che nella fase di esecuzione della pena sono previste e disciplinate diverse misure alternative alla detenzione, che possono e debbono essere applicate per

¹⁴ Vedi ancora S. Margara, cit. p. 66.

¹⁵ *Ivi*, p. 71.

¹⁶ *Ibidem*.

¹⁷ G.M. Flick, cit. p. 161.

assicurare il raggiungimento delle finalità della pena di cui all'art. 27 comma 3 Cost., senza pregiudizi o rigidità improprie.

Questo era il pensiero (alla base dell'attività pratica) di Sandro Margara, a cui è rimasto sempre fedele e che ha sempre esposto con garbo e con convinzione di fronte a qualsiasi interlocutore, nella consapevolezza della solidità dei suoi argomenti: pensiero che non solo mantiene tuttora la sua attualità, ma in alcuni punti appare addirittura profetico (come ricorda Deidda). Pertanto, è di grande utilità la lettura dei contributi di questo volume, per riflettere approfonditamente sui molti temi e problemi suscitati dall'opera di Sandro Margara, temi e problemi di stringente attualità.